

أصول القانون

تأليف

الدكتور عبد المنعم فرج الصده

أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق بجامعة القاهرة

والنائب أمام محكمة النقض ومجلس الدولة

١٩٦٥

شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
جانب من محمد محمود و محمد بكاشي و محمد بكاشي - خلفاء و

أصول القانون

تأليف

الدكتور عبد المنعم فرج الصده

أستاذ القانون الملقى بكلية الحقوق بجامعة القاهرة

والحائى أمام محكمة النقض ومجلس الدولة



١٩٦٥



شركة مكتبة وتوزيع مصطفى البالى المحلى وأولاد بجبر

تقديم

هذه دراسة رأيت أن أعرض فيها للأصول العامة التي تكون الاطار الشامل للعلوم القانونية . فهي دراسة تلقى الضوء وتوطئ* السبيل وتساعد المبتدى* على أن يلم بصفة عامة بالمبادئ الأساسية التي يرتكز عليها القانون في مجله .

وإذ كان هذا هو الغرض المقصود من الدراسة ، فسوف لا تكون هناك تفصيلات فرعية إلا بالقدر الضروري لتوضيح الفكرة وتحديد معالمها . وذلك حرصا على إبراز الأصول الكلية ، حتى لا تغطي عليها الجزئيات ، فتأخذ مكانها الصحيح في ذهن الدارس المبتدى* . فكثيرا ما يكون الإغراق في التفصيلات مؤديا إلى حجب الأصول العامة وطمس معالمها أمام شخص لا يزال في مستهل دراسته القانونية .

وعلى الرغم من تحديد الغرض المقصود من الدراسة على هذا النحو ، فإن ما يمكن أن يقال تحقيقا لهذا الغرض كثير . ولهذا سيراعى أن يكون ما يقدم من معلومات في هذا الشأن في حدود القدر المعقول دون إسراف أو تقتير .

والله يهدينا من أمرنا رشدا

عبد الله بن عبد الرحمن

تقديم

١ - القانون ضرورة إجتماعية :

الإنسان كائن اجتماعي ، فهو بدافع غريزته وبداعي طبيعته لا يستطيع أن يعيش منفردا: فغريزته تدفعه إلى أن يسعى للمحافظة على كيانه وورفع مستوى معيشته ، ولكنه يعجز عن أن يشبع بمفرده كل حاجاته ، فلا بد له من أن يفيد من مجهودات غيره في هذا السبيل : وطبيعته تدعوه إلى أن يختلط بغيره ، فيشاركه في المعيشة ، ويساهم معه في النشاط ، ويتبادل معه النفع : فقد خلق الله الناس من ذكر وأنثى ، وجعلهم شعوبا وقبائل ليتعارفوا ويتعاونوا .

فوجود المجتمع إذا أمر حتمي ، ما دام أن الإنسان لا يعيش إلا في جماعة . وفي هذا المجتمع تنشأ علاقات بين الأفراد مختلفة أنواعها ، فقد تكون علاقات عائلية أو اجتماعية أو مالية أو سياسية أو نحو ذلك : والفرد في سعيه لإشباع حاجاته وتحقيق رغباته تتعارض مصالحه مع مصالح غيره من الأفراد. ولو ترك له أمر تسوية علاقاته مع غيره وفقا لهواه لغلب مصلحته على مصلحة غيره ، فتصبح الغلبة للقوى ، وحينئذ تهم القوضى ويسود الاضطراب ، الأمر الذي يهدد كيان المجتمع ويؤدي به إلى الاضمحلال والفتناء .

لهذا كان لابد للمجتمع من نظام يوجه نشاط الأفراد ويحكم ما بينهم من علاقات على نحو يتم فيه التوفيق بين المصالح المتعارضة بحيث يمكن تحقيقها جميعا . وقد فطن الإنسان من قديم ، بحكم حاجته إلى البقاء والعيش في المجتمع ، إلى أن الوسيلة لكفالة هذا النظام هي أن يزل كل فرد عن قدر مع حريته حتى يمكن للجميع أن يتمتعوا بحريتهم على قدم المساواة . ومقتضى هذا أن تكون هناك سلطة عامة تمثل الجماعة وتستطيع بما لها من قوة أن تجبر الأفراد على احترام هذه القواعد . بحيث يكون من شأن هذه القواعد

أن تقيم التوازن بين الحريات والمصالح المتعارضة، فيتحقق بذلك النظام والأمن والعدل، ومن هذه القواعد يتكون القانون .

٢ - القانون والحقوق والواجبات :

يتضح مما ذكرناه الآن أن القانون مجموعة قواعد تنظم نشاط الأشخاص في المجتمع وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها : وهذا هو ما يستفاد من القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك ونظام يتختم الخضوع لها :

فإذا تناولنا مضمون هذه القاعدة من الناحية العملية وجدناها تحول الفرد حقا أو تفرض عليه واجبا :

فالقاعدة التي تقضي بأن « المالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » (م ٨٠٢ مدني) تحول المالك الحق في أن يستأثر دون غيره بمزايا ملكه ، وتوجب على غيره من الأشخاص أن يحترموا هذا الحق : والواجب هنا واجب عام يقع على عاتق الناس جميعا ماعدا صاحب الحق، فهو واجب سلبى لا يستوجب القيام بأى عمل للمالك .

والقاعدة التي تقضي بأن « العقد شريعة المتعاقدين » (م ١٤٧ / ١ مدني) تحول الدائن الحق في أن يطالب المدين بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن عمل معين، وتوجب على المدين أن يستجيب لهذا الطلب . والواجب في هذه الحالة واجب خاص يلتزم به شخص معين دون غيره من الناس . وهو قد يكون إيجابيا أى عملا كالإلتزام ببناء منزل ، وقد يكون سلبيا أى امتناعا عن عمل كالإلتزام بعدم فتح محل تجارى في منطقة معينة :

ويلاحظ أن الواجب العام يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق أيا كان نوعها . فكل حق يقابله واجب عام يقع على الكافة ماعدا صاحب الحق ، ويقتصر أمره على مجرد تكليف عام باحترام حق الغير، بحيث يتمتع بمقتضاه على جميع الأشخاص أن يأتوا فعلا يتعارض مع تمتع صاحب الحق بحقه : وهناك فريق من الحقوق يقابله واجب خاص يقع على عاتق أشخاص معينين ، وذلك بالإضافة إلى الواجب العام . فلو أن صاحب

مصنع اتفق مع عامل على أن يعمل لديه وجب على العامل أن يؤدي العمل الذي يقضى به الاتفاق ، وهذا واجب خاص يلتزم به العامل دون غيره . ويضاف إلى هذا الواجب الخاص واجب عام يتحمل به جميع الناس ، فيكون عليهم بمقتضاه أن يمتنعوا عن أى فعل يؤدي إلى الإخلال بالعلاقة التي تربط بين العامل وصاحب المصنع . فلو أن أحدا من هؤلاء ، كصاحب مصنع آخر ، حرّض العامل على الإخلال بواجبه ، فإنه يحق لصاحب المصنع الأول أن يطالبه بالتعويض :

ويتضح من هذا أن كل حق يقابله واجب ، فهما وجهان لعلاقة قانونية واحدة . ولذلك جرى استعمال اصطلاح « الحق » للتعبير عن هذه العلاقة بوجهها ، أى عن الحق والواجب متقابلين .

كما يتضح أن القانون في تنظيمه لسلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع إنما يفعل ذلك ببيان حقوقهم وواجباتهم . فالقانون والحق والواجب تصدر جميعها عن شيء واحد . حيث أن القاعدة القانونية قانون باعتبارها قاعدة إجتماعية تفرض نظاما معينا ، وهي ذاتها التي تحول الحق فتضع بين يدي الشخص سلطة تمكنه من أن يعمل على وجه معين في علاقاته بغيره ، أو تفرض عليه واجبا في هذا السبيل :

ومن هذا نجد أن القانون والحق يكمل كل منهما الآخر . فالقانون من ناحية هو الذي يقر الحقوق ويرسم حدودها ويفرض ضماناتها ، ومن ناحية أخرى لا يقدر للقانون وجود ولا يترتب عليه أثر إلا بفضل ما يخول الأفراد من حقوق ويفرض عليهم من واجبات تنتظم بها علاقاتهم .

٣ - خطة الدراسة :

يبين مما قدمناه أن دراسة قواعد قانونية معينة تعنى دراسة الحقوق والواجبات التي تقرها هذه القواعد .

ولكننا في دراستنا للأصول الأولية في علم القانون نتناول الموضوع من زاويتين

مختلفتين . الأولى تعالج منها القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة سلوك ونظام مفروض .
والثانية تعرف منها ما تحوله هذه القاعدة من حق .

ولهذا نقسم دراستنا في هذا الصدد إلى قسمين :

القسم الأول في نظرية القاعدة القانونية .

والقسم الثاني في نظرية الحق :

إِقسِمْ الأوَّلَ

نظريّة القاعدة القانونيّة

٤ - مخيم :

تقضى دراستنا لنظرية القاعدة القانونية أن نبدأ بالتعريف بها من حيث مدلولها وتحليلها وتحديد نطاقها وبيان أنواعها، ثم نتيقن بعد ذلك المصادر التي تستق منها، وأخيرا نتعرف الحدود التي تنطبق فيها :

ولهذا نقسم كلامنا في تلك النظرية إلى أبواب أربعة :

الباب الأول : التعريف بالقاعدة القانونية .

الباب الثاني : أنواع القواعد القانونية .

الباب الثالث : مصادر القاعدة القانونية .

الباب الرابع : تطبيق القاعدة القانونية .

الباب الأول

التعريف بالقاعدة القانونية

٥ - يانه :

نتناول في فصل أول من هذا الباب تعريف القانون وتحليله ، حيث نتعرف معناه ، وفي ضوء هذا المعنى نتبين وظيفته ، ثم نحدد الخصائص التي يتميز بها .
وفي فصل ثان نحدد نطاق القانون ، حيث نبرز موقفه من القواعد الاجتماعية الأخرى ، كما نشير إلى صلته بالعلوم الاجتماعية الأخرى ، ونتبين في النهاية المدى الذي يذهب إليه القانون في تدخله في نشاط الأفراد بحسب النزعة التي تسود المجتمع .

الفصل الأول

تعريف القانون وتحليله

٦ - المعنى الاصطلاحي للقانون :

يطلق القانون لغة على كل قاعدة مطردة ، بحيث تفيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت : وبهذا المعنى يطلق القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية ، فيقال مثلا قانون الجاذبية الأرضية ، أو قانون الغليان الذي يخضع له الماء :
وفي الاصطلاح القانوني يفيد القانون معنيين : أحدهما عام ، والآخر خاص :
فالقانون بالمعنى العام Droit هو مجموعة للقواعد الملزمة التي تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم في المجتمع . وهو معنى يتصل بالمعنى اللغوي . إذ أن القانون بهذا المعنى

الاصطلاحى يحدد النظام الذى يجب أن تجرى علاقات الأفراد وسلوكهم على مقتضاه :
وهو المعنى الذى يستفاد من لفظ القانون إذا أطلق .

أما القانون بالمعنى الخاص loi فيزاد به قاعدة معينة أو مجموعة معينة من القواعد
تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين . فيقال بهذا المعنى قانون الشهر العقارى ،
وقانون الإصلاح الزراعى ، وقانون تنظيم الجامعات ، وقانون الحمامة . حيث يراد بذلك
التشريعات التى تحكم هذه المسائل .

والقانون بالمعنى العام هو الذى يعنىنا فى هذه الدراسة : وهو يتخصص بالمكان
والزمان ، حيث يختلف من بلد إلى آخر ، ومن زمان إلى زمان : ولذلك جرى التعبير عن
القانون المطبق فعلا فى بلد معين بالقانون الوضعى لهذا البلد Droit positif . فيقال مثلا
« القانون الوضعى المصرى » للدلالة على القانون المطبق فى مصر فى الوقت الحاضر :

٧ - وظيفة القانون :

تحدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التى يرى إلى تحقيقها والوسيلة التى تتخذ
لبلوغ هذه الأغراض .

والأغراض التى يرى إليها القانون ترتد إلى غرضين أساسيين : أولهما صون حريات
الأفراد وتحقيق مصالحهم . والثانى حفظ كيان المجتمع وكفالة تقدمه وارتقائه .

ووسيلة القانون إلى تحقيق هذين الغرضين هى التوفيق بين حريات الأفراد
ومصالحهم المتصارعة على نحو يكفل المحافظة على كيان المجتمع ويضمن له التقدم :
ولا يقدر لتلك الوسيلة أن تؤتى ثمرتها على هذا النحو إلا إذا قام التوفيق بين حريات
الأفراد ومصالحهم على أساس من الحرية والمساواة ، وكان رائد الشارع فيها يورده من
قيود فى هذا الشأن هو المصلحة العليا للمجتمع . على أن يراعى فى ذلك كله ظروف المجتمع
وعاداته وتقاليده ومعتقداته وما يرونو إليه من مثل عليا وما يحصر عليه من مبادئ
وما يهفوا إليه من آمال . فالقانون مرآة للبيئة من ناحية ، ووسيلة إلى تقدمها وارتقائها من
ناحية أخرى . فإذا لم يستجب القانون لظروف المجتمع وحاجاته ولد ميتا ، فلا يصادف

نجاحا في التطبيق . وإذا انحرف القانون عن مبادئ الجماعة وتعارض مع آمالها قاومه وثار عليه .

ويلاحظ أن القانون في تنظيمه للروابط الاجتماعية إنما يتوخى غاية نفعية هي إقامة النظام واستقراره في المجتمع ، ولو اقتضاه ذلك أن يتغاضى عن الناحية الأخلاقية المجردة التي ينظر فيها إلى مصلحة الفرد الخاصة لا إلى المصلحة العامة للمجموع : مثل ذلك أن من يجوز عقارا بنية التملك مدة خمس عشرة سنة يكون له أن يكسب ملكية هذا العقار ولو كان غاصبا (م ٩٦٨ مدني) . إذ قدر الشارع أن قيام النظام في المجتمع وكفالة الأمن فيه يقتضيان أن تستقر المراكز الواقعية التي ظلت أمدا طويلا ، حتى يوضع حد للمنازعات في هذا الشأن ، وهو اعتبار جوهرى يتصل بالنظام العام في المجتمع بحيث يرجح على المصلحة الخاصة للفرد .

٨ - خصائص القاعمة القانونية :

رأينا أن القانون مجموعة قواعد تنظم نشاط الأشخاص في المجتمع وتقوم على احترامها سلطة عامة توقع الجزاء على من يخالفها :

ومن هذا التعريف نخلص الخصائص الجوهرية للقاعدة القانونية : فهي قاعدة سلوك ، يخاطب بها الأشخاص في المجتمع ، وتتوافر لها صفة التجريد والعموم ، وتكون ملزمة للمخاطبين بها . فهذه خصائص أربع تتناولها فيما يلي :

٩ - (١) القاعمة القانونية قاعمة سلوك :

رأينا أن القانون لغة يعبر عن قاعدة مطردة تفيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت : وبهذا المعنى يطلق القانون على القواعد التي تحكم الظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية ، أو قانون الغليان الذي يخضع له الماء . والقاعدة بهذا المعنى لا يتصور أن يكون لها مساس بنشاط الأفراد ، وبالتالي لا يمكن أن يقع من جانبهم ما يخالفها . إذ أنها تقرر أمرا واقعا لاسلطان لأحد عليه .

أما القاعدة القانونية بالمعنى الاصطلاحي الذي يعني في هذا المقام فلا تقرر أمراً واقعاً تكشف عنه ، بل تبين ما يجب أن يكون سلوك الأفراد على مقتضاة . فهي لائبي بما هو كائن ، وإنما تفرض ما ينبغي أن يكون . ومن هنا كانت قاعدة سلوك بأمر بها الأفراد ، وقد يقع مع جانبهم ما يخالفها . فالقاعدة التي تلزم المشتري بأن يدفع ثمن المبيع تفرض عليه السلوك الذي يجب أن يراعيه في علاقته بالبائع ، وقد يغفل المشتري بهذا الالتزام فيمتنع عن دفع الثمن .

والقاعدة القانونية في توجيهها لسلوك الأفراد تتضمن إباحة فعل أو أمراً بفعل أو نهي عن فعل . وقد يرد ذلك في عبارة صريحة ، كما في القاعدة التي تقرر حرية من الحريات العامة ، أو تلك التي توجب القيام بالخدمة العسكرية ، أو تلك التي تقضي بأنه لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه دون ترخيص من الأصل . (م ١٠٨ مدني) . والغالب ألا يرد ذلك صراحة ، وإنما يستفاد من مضمون القاعدة . فالقاعدة التي تقضي ببطالان التعامل في زكة إنسان على قيد الحياة (م ٢/١٣١ مدني) . يستفاد منها إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية الأخرى . والقاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين (م ١/١٤٧ مدني) يستفاد منها أمر المتعاقد بالوفاء بما تعهد به . والقاعدة التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (م ١٦٣ مدني) يؤخذ منها النهي عن الأضرار بالغير .

١٠ - (٢) القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص في مجتمع :

الإنسان ، كما رأينا ، كائن اجتماعي ، فهو لا يستطيع أن يعيش إلا في مجتمع . وإذا كانت القاعدة القانونية قاعدة سلوك بأمر بها الأفراد ، فهي من هذا لا توجد إلا حيث يكون هناك مجتمع . ومقتضى هذا أن تكون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، ومن ثم يكون القانون على صلة بالعلوم الاجتماعية الأخرى كما سنرى . ويرتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية أن يتخصص القانون بالمكان والزمان كما قلنا . فالقانون «رأى للبيئة التي ينطبق فيها ، حيث يستجيب لظروفها وحاجاتها . وكل بيئة تختلف عن غيرها من البيئات الأخرى ، كما أن لكل عصر أفكاره

ومبادئه ومقتضياته . ولذلك كان حتماً أن يختلف القانون من دولة إلى أخرى ، فالقانون الذى يصلح للبيئة الانجليزية أو الأمريكية يختلف عن القانون الذى يصلح للبيئة الفرنسية أو الإيطالية أو المصرية . وكان حتماً كذلك أن يختلف القانون فى البيئة الواحدة من عصر إلى عصر ، فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويسير انماجهااته المستحدثة . ولذلك نرى الشارع يتدخل من وقت إلى آخر فيعدل القانون القائم أو يغير فيه كي يتلاءم مع الظروف الجديدة فى المجتمع ،

وإذا كان المجتمع الذى يخاطب أشخاصه بالقاعدة القانونية قد وصل فى تطوره إلى أن يتخذ شكل الدولة ، إلا أن هذا الشكل ليس ضرورياً لوجود مثل هذا المجتمع : فالمهم أن تكون هناك سلطة لها حق السيادة والإجبار ، حتى تقوم على احترام القاعدة القانونية . وقد وجد القانون تاريخياً قبل أن توجد الدولة : فقد بدأ المجتمع قديماً فى نطاق القبيلة ، ثم تطور إلى إقطاعية ، وأخيراً اتخذ شكل الدولة بما ينطوى عليه من توحيد سياسى منظم .

١١ - (٣) القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة :

رأينا أن القانون مجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص فى مجتمع . والتجريد والعموم صفتان تثبتان لكل قاعدة . ومن هنا كانت القاعدة القانونية مجردة *abstraite* وعامة *générale* .

ويراد بالتجريد أن يوجه الخطاب فى القاعدة القانونية إلى الأشخاص بصفاتهم ، وأن تتناول القاعدة الوقائع بشروطها . فهى لا توجه إلى شخص معين بذاته ، ولا تتناول واقعة بعينها . ويؤدى تجريد القاعدة على هذا النحو إلى عموم تطبيقها . فتطبق القاعدة على كل شخص تثبت له الصفات المقررة ، وتسرى على كل واقعة تتوفر فيها الشروط المطلوبة . ويتضح من هذا أن التجريد والعموم وجهان لخاصة واحدة ، حيث تكون القاعدة مجردة عند نشوئها ، فتصبح بذلك عامة فى تطبيقها :

والواقع أن الشارع ، وهو ينظم سلوك الأشخاص على نحو نموذجى مماثل تتحقق به المساواة بينهم ، لا بد من أن تكون وسيلة إلى هذا التنظيم أن يضع قواعد مجردة

وعامة تطبق على جميع الحالات المماثلة ؛ وذلك بطرد تطبيق القاعدة القانونية على كل حالة تنشأ في أى وقت وتوفّر فيها الشروط اللازمة . وبدون هذا التجريد والعموم يصبح التكليف الصادر من السلطة العامة في خصوص شخص معين بذاته أو واقعة محددة بعينها مجرد أمر فردى لا قاعدة عامة . ويختلف الأمر عن القاعدة في أن تطبيقه يقتصر على الأشخاص المعيّنين فيه بقواتهم أو الوقائع المحددة فيه بعينها ، حتى إذا ما طبق في هذه الحدود استغذ أغراضه وقوته بهذا التطبيق ، فلا يمتد بعد ذلك إلى أشخاص آخرين ، ولا يتناول وقائع أخرى .

فقانون التجنيد الإجبارى يشتمل على قواعد قانونية ، لأنها مجردة وعامة ، حيث تتناول الأشخاص بصفاتهم ، فتطبق على كل شخص تتوفر فيه صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والحالة البدنية . بينما لا يعتبر القرار الصادر باقتراع شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية ، بل هو أمر فردى يوجه إلى شخص معين بالذات . وقانون الموظفين يتضمن قواعد قانونية ، لأنها مجردة توجه إلى الأشخاص بصفاتهم ، فتطبق بصورة شاملة على كل شخص تقوم به هذه الصفات . بينما لا يعتبر المرسوم أو القرار الصادر بتعيين شخص معين في وظيفة معينة قاعدة قانونية ، لأنه يوجه إلى شخص معين بالذات .

والقاعدة التى تقضى بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض قاعدة قانونية مجردة وعامة ، لأنها تتناول واقعة الخطأ بشروطها ، فتطبق على كل فعل توفرت فيه شروط الخطأ أيا كان الشخص الذى ارتكبه . وعلى خلاف ذلك لا يعتبر قاعدة قانونية الحكم الصادر من المحكمة بإلزام شخص معين بالتعويض لأنه تسبب بخطئه أثناء قيادة سيارة في جرح شخص آخر ، إذ أن هذا الحكم موجه إلى شخص معين بالذات ، هو الشخص المحكوم عليه دون غيره من الأشخاص .

ولا يعنى كون القاعدة عامة أنها يجب أن تسرى في حق الناس جميعاً أو تنطبق على سائر الوقائع التى تصبر منهم . فقد تنصرف القاعدة إلى طائفة محدودة من الأشخاص أو الوقائع ، دون أن يقدح ذلك فيما لها من صفة العموم ، ما دام هؤلاء الأشخاص معيّنين بصفاتهم أو ما دامت هذه الوقائع معينة بشروطها . فقانون نظام القضاء يقتصر تطبيقه على القضاء ، وقانون الموظفين يقتصر تطبيقه على الموظفين ، وقانون العمل يقتصر

تطبيقه على العمال ، وكل هذه قوانين تتضمن قواعد مجردة وعامة ، لأنها تخاطب الأشخاص الذين تنصرف إليهم بصفاتهم لا بذواتهم ، وقد يزداد عددهم أو ينقص تبعاً لتوافر الصفات المقررة أو عدم توافرها. بل إن القاعدة قد توجه إلى شخص واحد معين بصفته لا بذاته ، فتكون بذلك قاعدة مجردة وعامة . فالقواعد التي تعهد سلطات رئيس الدولة تكون مجردة وعامة لأنها لا توجه إلى رئيس معين بذاته ، بل توجه إلى كل شخص يشغل منصب رئاسة الدولة . ويبين من ذلك أن ليست العبرة في هذا الشأن بعدد الأشخاص الذين يوجه إليهم الخطاب في القاعدة القانونية ، إذ المول عليه هو الصفة التي تثبت لمؤلا وفقاً لما تتطلبه القاعدة ، ويستوى في ذلك أن تثبت هذه الصفة للناس جميعاً أو لعدد محدود منهم أو حتى لشخص واحد دون غيره من الناس .

وإذا كان وضع القاعدة القانونية على نحو مجرد وعام هو وسيلة إلى الشارع إلى تنظيم سلوك الأشخاص على أساس المساواة فيما بينهم ، فإن رائد الشارع في تحقيق هذه المساواة هو الاعتماد بالوضع الغالب في الحياة الاجتماعية . حيث تقوم تلك المساواة على أساس العدل *Justice* الذي يؤخذ فيه بهذا الوضع الغالب بالنسبة إلى جميع الأشخاص ، لا على أساس العدالة *Equité* التي ينظر فيها إلى ظروف كل شخص على حدة . إذ أن التجريد والعموم في القاعدة لا يتيسر إلا على أساس توحيد الحكم فيها بالنسبة إلى جميع الأشخاص ، فيراعى في هذا الحكم الأخذ بالوضع الغالب الذي يشترك فيه الأغلبية العظمى من الناس ، دون نظر إلى الظروف الخاصة التي يغرد بها عدد قليل منهم .

فالقاعدة التي تعهد من الرشد بإحدى وعشرين سنة راعى فيها الشارع متوسط من النضج العقلي على أساس الوضع الغالب بين الناس . وقد تكون هناك قلة من الأفراد يتوفر لها النضج العقلي والدرابة بمباشرة التصرفات القانونية قبل بلوغ هذه السن ، كما قد تكون هناك قلة لا يتوفر لها النضج الكافي إلا بعد مضي مدة من بلوغ هذه السن : ولو أن الشارع ترك للقاضي أن يحدد من الرشد لكل شخص على حدة في ضوء خبرته وحظه من النضج العقلي لتحققت بذلك العدالة الحقة بامتياز به من مرونة ، حيث ينظر إلى ظروف كل شخص

على خدة . ولكن الأخذ بهذا الحل يتناقى للنظام والاستقرار في الجماعة ، وهو غرض جوهرى يحرص عليه القانون ، بحيث يستأهل التوضيح بالظروف الخاصة لعدد قليل من الأفراد . ولهذا يقف القانون عند المعيار الوسط الذى يصدق عند أغلب الأشخاص ، فيجعل من الزشد بالنسبة إلى الجميع هي إحدى وعشرين سنة :

وعلى هذا النحو فإن التجريد والعموم في القاعدة القانونية يؤديان إلى إقامة النظام في المجتمع واستقراره : إذ تنطبق القاعدة على الأشخاص المتأثرين والوقائع المتأثرة وفقاً لحكمها ، وبطرد انطباقها في كل مرة على النسق الذى طبقت به من قبل . ومن هنا كان الشبه قريباً بين القواعد القانونية والقوانين الطبيعية ، إذ يكون النظام عنصراً مشتركاً بين الفريقين . غير أنه يبقى بعد ذلك فارق جوهرى بينهما . فالقواعد القانونية تطاع عن إرادة ، ويستطيع الشخص عصيانها متحملاً جزاء العصيان . بينما القوانين الطبيعية لا تطيعها الظواهر الطبيعية عن إرادة ، وهي لا تمكك إلا طاعتها :

١٢ - (٤) القاعدة القانونية قاعدة ملزمة :

يراد: يكون القاعدة القانونية قاعدة ملزمة *obligatoire* أن يكون لما جزاء *Sanction* ماضى توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها .

ذلك أن القانون يهدف إلى إقامة النظام في المجتمع وكفالة الأمن فيه . ولضمان تحقيق هذا الغرض يجب أن تقرن القاعدة القانونية بجزاء ماضى رادع ، حيث تكون هناك سلطة عامة تقوم على احترام هذه القاعدة ، فتتولى توقيع الجزاء على المخالف بما لها من قوة القهر والإجبار . ومن ثم فإن وجود مثل هذا الجزاء أمر تقتضيه وظيفة القاعدة القانونية ، بحيث يعتبر عنصراً لازماً لقيامها .

على أن هذا لا يعنى أن احترام القانون يرجع دائماً إلى الخشية من توقيع الجزاء ، فالغالب أن يصدر هذا الاحترام عن رغبة تقوم على أساس الشعور بأن القانون ضرورة اجتماعية لابد منها لحماية النظام في المجتمع والسير بالجماعة في طريق التقدم . لكن هذا لا يقلل من دور الجزاء كضرورة حماية لحمل الناس على احترام القانون . فالهم أن

يعرف الأفراد سلفاً أن مخالفة القاعدة القانونية تؤدي حتماً إلى توقيع الجزاء عليهم ، ولا يهتم بعد ذلك أن تكون طاعتهم طاعة عن رغبة وشعور بلزومها .

وتتفق القواعد القانونية مع غيرها من القواعد الاجتماعية ، كالقواعد الأخلاقية والقواعد الدينية ، في أنها جميعها تقتزن مجزأ . ولكن يبقى بعد ذلك فارق جوهري بين الفريقين من القواعد فيما يتعلق بطبيعة الجزاء ، حيث يتميز الجزاء في القاعدة القانونية بخصائص معينة : ١ - فهو جزء مادي محسوس ، بمعنى أنه يتخذ مظهراً خارجياً يقوم على الإكراه الذي تباشره السلطة العامة بالقوة المادية . وبذلك يتميز عن الجزاء الأخلاقي الذي يقوم على تأنيب الضمير أو شعور الناس بالاستنكار . ٢ - وينبغي على ذلك أن يكون جزاء دنيوياً ، بمعنى أن يوقع على الأفراد في الحياة الدنيا . وبذلك يختلف عن الجزاء الديني الذي يلقاه العاصي في الآخرة . ٣ - كما أنه جزء منظم ، إذ تتولى توقيعه سلطة عامة باسم الجماعة وفقاً لنظام محدد . ولذلك يطلق عليه الإكراه العام أو الجماعي .

وقد خضع الجزاء من حيث تنظيمه لتطور محسوس . ففي الجماعات القديمة كان توقيع الجزاء موكولاً إلى الفرد الذي وقع عليه الاعتداء ، يتولاه بنفسه ، أو تتولاه عائلته أو قبيلته . أما في الجماعات الحديثة فقد ظهرت الدولة ، وأصبح توقيع الجزاء من اختصاص السلطة العامة ، تتولاه باسم الجماعة . وبذلك انتهى عهد القصاص الفردي ، فلم يعد يجوز لمن اعتدى عليه أو أصابه ضرر أن يتولى القصاص بنفسه أو يقتضى حقه بيده ، بل يتعين عليه أن يلجأ في ذلك إلى السلطة العامة وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون .

على أنه ما تزال في القانون الحديث بقية من القصاص الفردي . وذلك في حالات استثنائية تفرضها الضرورة أو تدعو إليها اعتبارات العدالة . كما هو الشأن في حالة الدفاع الشرعي (م ١٦٦ مدني) ، حيث يباح للشخص أن يدافع بالقوة لرد اعتداء يهدد سلامته أو ماله إذا لم يكن من الميسور اللجوء إلى السلطة العامة في الوقت المناسب . وكما هي الحال في الحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ (م ٢٤٦ مدني) ، إذ يجوز لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب

التزام المدين ومرتبطة به . فلمودع لديه مثلا أن يحبس الوديعه حتى يقوم المودع بإيفائه ما أنفق للمحافظة عليها . وللبائع أن يحبس المبيع حتى يقوم المشتري بوفاء ما هو مستحق عليه من الثمن .

وتختلف صور الجزاء باختلاف نوع القواعد القانونية . فثلا يختلف الجزاء الجنائي في نطاق القواعد الجنائية عن الجزاء المدني في نطاق القواعد المدنية والتجارية . حيث يكون الجزاء الجنائي عقوبة توقع على المجرم . وتتدرج العقوبات في قوتها تبعاً لجسامه الجريمة . فقد تقع على جسم المجرم كالإعدام . وقد تسلب حريته كالأشغال الشاقة والسجن والحبس . وقد تقيد حريته كالوضع تحت مراقبة الشرطة . وقد تقع على ماله كالغرامة والمصادرة .

أما الجزاء المدني فيكون بتنفيذ الالتزام جبراً على المدين ، أو بمحو أثر المخالفة التي وقعت بحيث تعود الحال إلى ما كانت عليه . وتنفيذ الالتزام إما أن يكون تنفيذاً مباشراً ، أى عينياً ، أو يكون تنفيذاً بمقابل ، أى بطريق التعويض . والأصل أن يكون التنفيذ عينياً يحصل فيه الدائن على ذات ما التزم به المدين . فإذا امتنع البائع عن نقل ملكية العقار المبيع وتسليمه إلى المشتري ، جاز لهذا الأخير أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد ويسجل الحكم الصادر لصالحه فتنتقل الملكية إليه جبراً على البائع ، كما يكون له أن يتسلم العقار جبراً على البائع : وإذا تعذر التنفيذ العيني ، أو كان فيه لإرهاق للمدين ، قام مقامه التنفيذ بطريق التعويض . فإذا تعهد فنان لصاحب مسرح بإحياء حفلة ، ثم امتنع عن الحضور حتى انقضى ميعاد الحفلة ، أجبر على أن يعوض صاحب المسرح عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك . وهناك صور عديدة غير ذلك نحو أثر المخالفة التي تقع من الشخص . من ذلك مثلا أن يعتبر العقد باطلاً إذا ورد على شيء لا يميز القانون التعامل فيه ، كبيع مخدر . أو يعتبر العقد قابلاً للإبطال إذا أبرم مع قاصر لا يجوز له إبرامه . أو يكون العقد قابلاً للقسخ إذا قصر أحد المتعاقدين في الوفاء بالتزامه . أو تسد المطالبات التي تفتح على أقل من المسافة التي يوجب القانون مراعاتها بين المطل وملك الجار .

وقد يجمع الجزاء الجنائي مع الجزاء المدني بالنسبة إلى ذات المخالفة . فن يرتكب

جريمة تؤدي إلى الأضرار بالغير توقع عليه العقوبة الجنائية ، ويلتزم في ذات الوقت بأن يدفع إلى المنيى عليه تعويضا ماليا عما أصابه من ضرر بسبب الجريمة .

الفصل الثاني

نطاق القانون

١٣ - تحديد هذا النطاق :

يتحدد النطاق الذى تؤدي فيه القواعد القانونية وظيفتها من ناحيتين : الأولى صلة القواعد القانونية بالقواعد الاجتماعية الأخرى التى تنظم سلوك الأفراد . والثانية المدى الذى يصل إليه القانون فى تدخله فى نشاط الأفراد وتوجيهه لسلوكهم بحسب النزعة السائدة فى المجتمع .

الفرع الأول

القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى

١٤ - القواعد الاجتماعية :

رأينا أن القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية ، بمعنى أنها خطاب موجه إلى الأشخاص فى مجتمع بغية تنظيم سلوكهم . غير أن القواعد القانونية ليست وحدها التى تحكم سلوك الأشخاص فى المجتمع ، بل توجد إلى جانبها قواعد أخرى تشترك معها فى هذا الشأن . فهناك قواعد المجملات والعادات والتقاليد ، وقواعد الأخلاق ، وقواعد الدين ، وهذه كلها قواعد اجتماعية تحكم سلوك الأفراد فى المجتمع . ولهذا يجب التمييز بين هذه القواعد وبين القواعد القانونية .

١٥ - القانون وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد :

توجد في كل مجتمع قواعد سلوك يتواضع الناس على اتباعها في صلاتهم اليومية ، وأوفى مظهرهم وملبسهم . فهناك قواعد تقضى بها المجاملات ، كالتيحية عند اللقاء ، والتهتة في المناسبات السعيدة ، والعزاء في الموت ، والمواساة في الكوارث . وهناك قواعد يعتاد عليها الناس أو تجرى بها تقاليدهم في شأن المظهر والملبس . وهي تتفاوت بحسب الظروف والمناسبات ، كما تختلف بالنسبة إلى الرجال عنها بالنسبة إلى النساء . وتتفق هذه القواعد مع القواعد القانونية في أنها تحكم سلوك الافراد في المجتمع ، بحيث يشعرون بأنها ملزمة لهم . ولكن الفريقين يختلفان فيما يتعلق بمهمة الجزء . حيث يقتصر الجزء في قواعد المجاملات والعادات والتقاليد على مجرد استنكار الناس : بينما الجزء في القواعد القانونية جزاء مادي تتولى السلطة العامة توقيعه بالقوة الجبرية . ويرجع هذا الاختلاف في الجزء إلى تفاوت المصالح التي يرى كل من الفريقين إلى تحقيقها من حيث أهميتها لكفالة النظام والاستقرار في المجتمع فالمصالح . التي يراد تحقيقها من وراء قواعد المجاملات والعادات والتقاليد لارقي إلى المستوى الذي يجعلها هامة وضرورية لإقامة النظام في المجتمع أو للمحافظة على كيانه ، ولذلك يكفي أن يكون الجزء على مخالفتها هو مجرد الاستنكار . أما المصالح التي تكفلها القواعد القانونية فإنها من الأهمية بحيث تستأهل أن يفرض احترامها بجزاء مادي تتولى توقيعه السلطة العامة . وقد تتغير نظرة المجتمع إلى بعض قواعد الفريق الأول فتتحول إلى قواعد قانونية ، كما لو تدخل القانون ليفرض ذبا معينة على الناس .

١٦ - القانون وقواعد الموضوع :

الاخلاق في أمة معينة مجموعة قواعد تساهم في تكوينها أفكار الناس عن الخير والشر ، بحيث تكون المثل العليا لما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد في المجتمع . فهي من هذا ولادة المعتقدات والتقاليد والعادات المتأصلة في النفوس . ويمجد الناس أنفسهم حلزمين باتباعها وقالوا زع أدبي يحكم تصرفاتهم ويسود علاقاتهم الاجتماعية . فبها القواعد

التي تخص على التعاون على البر ، كالأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى . ومنها القواعد التي تنهى عن التعاون على الإثم والعدوان ، كالنهي عن القحشاء والمنكر والبغى . ومنها القواعد التي تأمر بالوفاء بالعهد والصدق في القول . ومنها القواعد التي توجب للإنسان لغيره ما يجب لنفسه . ومنها القواعد التي تدعو إلى التضحية والإيثار على النفس . إلى غير ذلك من القواعد التي تنزع بالإنسان نحو السمو الخلق والكمال .

وتقتضى الإحاطة بموقف القانون من قواعد الأخلاق أن نعرض لنطاق كل منهما بالنسبة إلى الآخر ، ثم نبين معيار التفرقة بينهما ، وننتهى ببيان الصلة التي تربط بينهما .

١٧ - (١) نطاق القانون وموضوعه :

هناك أمور نسوقها كي تساعد على تحديد هذا النطاق :

فمعظم القواعد القانونية هي في الوقت ذاته قواعد خلقية ، كتلك التي تنص على الجرائم فتحرم بذلك الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، والتي تجعل العقد شريعة المتعاقدين فتقضى بالوفاء بالعهد ، والتي تحرم الإثراء على حساب الغير بلا سبب مشروع .

ويقابل ذلك أن من القواعد الخلقية ما يتناوله القانون في صورته المطلقة ، كتلك التي تحث على الفضائل فتوصى بالصلق أو البذل في سبيل مساعدة الغير أو الترفع على التناق . على أنه يلاحظ أن القانون قد يتضمن بعض هذه القواعد في صورة خاصة . فمثلا إذا كان القانون لا يمنع الكذب بوجه عام ، فإنه يحرمه في حالات خاصة تبلى فيها خطورته على النظام الاجتماعي ، كما هي الحال في شهادة الزور والتزوير ، فكلاهما قوامه الكذب ويعتبره القانون جريمة .

وهناك من القواعد القانونية ما يقال عنه إنه لا علاقة له بالأخلاق . مثل ذلك القواعد المتعلقة بنظام المرور ، والتي تتطلب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية ، والتي تنظم لإجراءات التقاضي : فالأخلاق وفقا لهذا النظر لا يعنيا أن يكون نظام المرور على نحو معين ، ولا يعنيا أن يكون إثبات التصرفات القانونية بالكتابة أو بالينة ، ولا يعنيا

أن تكون هناك إجراءات معينة لرفع الدعوى ونظرها والحكم فيها . غير أن البصر بحقيقة هذه القواعد والفرص المقصود منها يبين لنا أن هذا النظر غير سليم ، إذ أنها تمت إلى الأخلاق بسبب : فقواعد المرور يراد منها وضع نظام للمرور يحول دون وقوع الحوادث ، وقواعد الإثبات يقصد منها إلى أن يكون التعامل على أساس واضح ممكن ، وإجراءات التقاضي ترى إلى أن يكون الفصل في النزاع على نحو متكافأ فيه الفرص أمام الخصوم في المطالبة بالحق والدفاع عنه ، وهذه كلها أغراض تدعو إليها الأخلاق .

ومثمة قواعد قانونية قد تبدو في ظاهرها منافية للأخلاق ، حتى جرت أقلام الفقهاء في خصوصها بهذا المعنى . منها القواعد المتعلقة بكسب الحق أو سقوطه بالتقادم ، فثلاً يستطيع من يجوز عقارا بنية التملك مدة خمس عشرة سنة أن يكسب ملكيته حتى لو كان غاصبا ، ويستطيع المدين الذي قد دأته عن اقتضاء دينه منه مدة معينة أن يتمسك بسقوط الدين بالتقادم . ومنها القواعد التي تحمي المحرم من القصاص إذا تقادمت الجريمة أو العقوبة . ومنها القواعد التي توجب الكتابة في إثبات التصرفات القانونية ، فتؤدي إلى ضياع الحق إذا لم يتوفر لصاحبه دليل كتابي . غير أن الوقوف على الأهداف التي يرمى إليها الشارع من وراء هذه القواعد ومثيلاتها يتضح منه أنها غير منقطعة الصلة بالأخلاق . فهي تهدف بصفة عامة إلى أن يكون التعامل على أساس يطمأن إليه ، فتستقر المراكز القانونية ويقوم النظام في المجتمع . وهذه أغراض تهض بها الأخلاق ، لأنها تكفل الخير العام للجماعة ، حتى لو كان في تحقيقها تضحية بمصلحة فردية :

ويتضح من هذا أن دائرة الأخلاق أوسع من دائرة القانون . فكل قاعدة قانونية إما أن تستند إلى أساس خلقي ، أو بالأقل تكون على صلة بالأخلاق من الناحية العامة التي يعتد فيها بمصلحة المجموع . ولكن ليست كل قاعدة خلقية قاعدة قانونية . وإذا كان هناك من القواعد القانونية ما يبدو في الظاهر أن لا شأن له بالأخلاق أو مناف لها فإنه في حقيقته يرتكز على الأخلاق من الناحية العامة التي ينظر فيها إلى المجموع لامن الناحية الخاصة التي ينظر فيها إلى الفرد في ذاته على أساس خلقي مجرد .

١٨ - (٢) معيار التفرقة بين القانون والمذهب :

إن اشتراك القانون والأخلاق في عدد كبير من القواعد على النحو الذى قلناه لا يعنى أن ليس هناك فارق بينهما حتى فى هذا النطاق المشترك . فهما أمران متميزان ، لكل منهما نطاقه وغايته ووسائله لتحقيق هذه الغاية . ومن ثم وجبت معرفة المعيار الذى يقوم على أساسه التمييز بينهما .

وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى إقامة هذا المعيار على أساس أن الأخلاق تحكم أعمال الناس الظاهرة والباطنة ، حتى لو كانت هذه الأخيرة مازالت فى النفس مجردة مقاصد ونوايا لم تتخذ مظهرا خارجيا . بينما يقتصر القانون على الأعمال الظاهرة ، فلا يغل بالنوايا فى حالات معينة إلا إذا دلت عليها شواهد وأمارات ظاهرة . والواقع أن هذه التفرقة ليس من شأنها أن تقيم معيارا للتمييز بين القانون والأخلاق ، إذ هى ترجع إلى اختلاف الغاية التى يتوخاها كل منهما . فالقانون يهدف إلى إقامة النظام فى المجتمع ، ولذلك فالأصل فيه ألا يعنى إلا بالسلوك الظاهر للأفراد ، ولأشأن له بما يختلج فى النفس . وهو مع ذلك يعنى بالنوايا والدوافع التى تكمن وراء الأفعال فى حالات معينة ، كما هى الحال فى دوافع التعسف فى استعمال الحق وفى حسن النية وصونها فى الحياة وفى القصد من الجريمة . وإذا كان لا يعول على النوايا والدوافع التى تبقى كامنة فى النفس ولا تدل عليها أمانة ظاهرة ، فما ذلك إلا لأن النظام الإجتماعى الذى يهدف إلى إقامته لا يضار من هذه النوايا والدوافع مادام لم يظهر لها أثر خارجى .

وذهب فريق آخر إلى أن هذا المعيار يكمن فى الجزاء . ففى نطاق القانون يكون الجزاء ماديا تتولى السلطة العامة توقيعه بالقوة الجبرية . بينما يقتصر الجزاء فى نطاق الأخلاق على مجرد تأنيب الضمير واستنكار الناس . والواقع أن الجزاء فى القانون يختلف عنه فى الأخلاق ، ولكنه لا يكفى وحده معيارا للتفرقة بينهما ، بل يتعين البحث عن السبب الذى أدى إلى هذا الاختلاف فى الجزاء ، حتى نضاهى الأمور إلى أسبابها . فكما أن اختلاف الغاية التى يتوخاها كل من القانون والأخلاق هو الذى أدى إلى اختلافه

الأفعال التي يحكمها كل منهما وفق ماذكرنا في مناقشة الرأى السابق، فإنه كذلك هو الذى أدى إلى اختلاف الجزاء فى كل منهما .

ويتضح من هذا أن الرأى السليم هو الذى يقيم معيار التفرقة بين القانون والأخلاق على أساس الغاية التى يهدف إليها كل منهما . فالقانون يتوخى غاية نفعية ، هى إقامة النظام فى المجتمع والحفاظة على كيانه وكفالة تقدمه وارتقائه . بينما تتوخى الأخلاق غاية مثالية ، هى السمو بالإنسان والنزوع به نحو الكمال .

ويترب على هذا الاختلاف فى الغاية بين القانون والأخلاق ما رأينا من اختلاف فى نوع الأفعال التى يحكمها كل منهما ، واختلاف فى الجزاء الذى يقرر فى كل منهما . كما يترب على هذا الاختلاف أن يقتصر القانون على تنظيم سلوك الفرد باعتباره عضواً فى المجتمع . أما الأخلاق فتتظم سلوك الفرد سواء باعتباره عضواً فى المجتمع أو بالنظر إليه فى ذاته . وليس صحيحاً على إطلاقه ما يقال مع أن الأخلاق إنما تنظم سلوك الفرد بالنظر إليه فى ذاته فحسب ، فهذه نظرة تنطوى على إسراف غير مستساغ ، حيث تعنى الأخلاق سلوك الفرد فى المجتمع قدر عنايتها بسلوكه فى ذاته ، بل إنها تنهض بخصحية مصلحة الفرد فى سبيل مصلحة المجموع كما قلنا .

١٩ - (٣) المصدر بين القانون والمذهب :

لامراء فى أن بين القانون والأخلاق تمييزاً واضحاً . فلكل منهما طابعه واستقلاله ، ولكل منهما نشاطه الذى يحكمه والجزاء الذى يترتب على مخالفة قواعده . ويرجع هذا كله إلى ما بينهما من فارق جوهري فيما يتعلق بالغاية التى يتوخاها كل منهما كما رأينا فيما تقدم .

غير أن هذه التفرقة الأساسية بين القانون والأخلاق لا تقدر فيما يربط بينهما مع صلة وثيقة تقوم على الأصول المشتركة التى تجمع بينهما . فالأخلاق هى المعين الذى يستقى منه القانون الكنتة الأساسية من القواعد التى يقررها . وقد رأينا أن أغلبية القواعد القانونية تستند إلى أساس خلقى ، وأن ما عدا ذلك من القواعد يتصل بالأخلاق من

الناحية العامة التي ينظر فيها إلى مصلحة المجموع لا من الناحية الخاصة التي ينظر فيها إلى الفرد في ذاته ما دام أن الغرض منه هو تحقيق الخير العام للجماعة .

فالقواعد القانونية ليست إلا قواعد خلقية رأى الشارع لزومها لقيام المجتمع والحفاظة على كيانه فوضع لها الجزاء المادى الذى يكفل طاعتها واحترامها ، أما ما عدا ذلك من القواعد الخلقية فأمره متروك لوعى الشخص وضميره . وكلما تقلمت الجماعة كلما ضاقت مسافة الخلف بين القانون والأخلاق ، فتتحول طائفة من القواعد الخلقية إلى قواعد قانونية . وآية ذلك أن كثيرا من القواعد التي كانت مجرد واجبات خلقية إلى عهد قريب أصبحت الآن قواعد قانونية ، كعدم التصف في استعمال الحق ، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة ، وتحمل التبعة في إصابات العمل بتعويض العامل عما يلحقه من إصابات بسبب العمل ولو لم تكن راجعة إلى خطأ صاحب العمل ، والتأمينات الاجتماعية في حالات العجز والشيخوخة والمرض .

بل إنه حتى بالنسبة إلى الفريق من القواعد الخلقية التي لم ينص عليها القانون قلدر الشارع أن من بينها مبادئ وأصولا عامة لا مناص من كفالة احترامها وعدم المساس بها محافظة على المجتمع من الاضمحلال الخلقى . وهذه المبادئ والأصول هي التي يقال لها الآداب *les bonnes moeurs* . فكل اتفاق على ما يتنافى الآداب يكون باطلا . حيث نصت المادة ١٣٥ من التقنين الملقى على أنه « إذا كان عمل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » . كما نصت المادة ١٣٦ من هذا التقنين على أنه « إذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » . فتلا يكون باطلا تخالفته للآداب الاتفاق على دفع مبلغ من المال في مقابل إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة أو استبقاء هذه العلاقة ، وكذلك الاتفاق على دفع مبلغ في مقامرة أو رهان .

٣٥ - القانون وقواعد الدين :

الدين هو مجموعة القواعد التي يعتقد الناس أنها منزلة من إله سبحانه وتعالى عن طريق رسله .

ويختلف الدين عن القانون والأخلاق من حيث النطق . فالقانون يتناول

واجبات الشخص نحو غيره . والأخلاق تناول واجبات الشخص نحو نفسه ، وواجباته نحو غيره . أما الدين فيتناول واجب الشخص نحو الله ، وواجباته نحو نفسه ، وواجباته نحو غيره .

كما يختلف الدين عن القانون وعن الأخلاق من حيث الجزاء . فالجزاء في القانون جزاء دنيوى مدى توقعه السلطة العامة بالقوة الجبرية . والجزاء فى الأخلاق هو وخز الضمير واستنكار الناس . أما الجزاء فى الدين فجزاء أخروى هو العذاب فى الآخرة .

على أنه يلاحظ أن القواعد الأساسية فى الأخلاق يأمر بها الدين . ولذلك يعتبر الدين من أهم العوامل التى تساهم فى إرساء قواعد الأخلاق وقيامها فى ضمير الجماعة . ومن ثم فالغالب فى القاعدة الخليفة أن تكون فى الوقت ذاته قاعدة دينية .

كما يلاحظ أن القواعد الدينية فى غير نطاق الأخلاق ما ينص عليه القانون فيصير قواعد قانونية ، كما هى الحال فى مسائل الوقف والميراث والوصية والولاية على المال ، فهذه كلها منظمة بنصوص تشريعية مستمدة من الشريعة الإسلامية . وفى غير ذلك من مسائل الأموال الشخصية ترك الشارع الأمر للقواعد الدينية فى الحدود التى سنها فيما بعد ، فصارت هذه القواعد قواعد قانونية . وسرى فيما يلى إلى أى حد تنفذ القواعد الدينية إلى نطاق القانون .

٢١ - القانون والعلم الاجتماعى الأخرى :

ما دام أن القانون ينظم سلوك الأفراد بغية إقامة نظام يكفل المحافظة على كيان المجتمع وتقدمه ، فإنه يدخل فى نطاق العلوم الاجتماعية : وإذ كانت هذه العلوم تدرس الإنسان وتتناول نشاطه باعتباره عضواً فى المجتمع ، فإن القانون يتصل بها اتصالاً وثيقاً . حيث يتصل القانون بعلم الاجتماع ، فيعتمد عليه فى التعرف على الظواهر الاجتماعية ، وبذلك يتيح له أن ينظمها عن علم بأسبابها وحقيقة كنهها . ويتصل بعلم الاقتصاد السياسى حين يعرض لتنظيم المعاملات المالية ، فيتأثر به بحسب ما إذا كانت النزعة السائدة هى مذهب الاقتصاد الحر أم مذهب الاقتصاد الموجه . ويتصل بعلم السياسة حين يضع

النظام السياسى للمجتمع ، فيحدد نظام الحكم وبين السلطات العامة وينظم صلتها ببعضها ببعض وصلتها بالأفراد . وهذا فضلا عن مبلغ اتصاله بعلم الأخلاق كما رأينا غيا تقدم .

ونبين من هذا أن القانون فى صلتة بالعلوم الاجتماعية إنما يعتمد عليها فى استخلاص ما ينشده من حقائق تكون أساسا للقواعد القانونية التى يجرى العمل على مقتضاها .

الفرع الثانى

مدى تدخل القانون فى نشاط الأشخاص

٢٢ - مذهباه :

هناك مذهبان يراوح بينهما المدى الذى يصل إليه القانون فى تدخله فى نشاط الأشخاص وتوجيه سلوكهم : أحدهما المذهب الفردى ، وهو يرمى إلى تضيق نطاق القانون ، بحيث لا يتدخل فى نشاط الأشخاص إلا بالقدر الضرورى . والثانى المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى ، وهو يتجه إلى توسيع نطاق القانون ، فينادى بتدخله فى نشاط الأشخاص إلى مدى بعيد .

ومسنخص كلا من هذين المذهبين بكلمة موجزة ، ثم نتبين الموقف الذى اتخذته القانون المصرى فى هذا السيل .

٢٣ - المذهب الفردى :

يقوم المذهب الفردى La doctrine individualiste على أساس أن الفرد هو المهدف مع تنظيم المجتمع . فالقانون لم يوجد إلا لحماية حقوق الأفراد وكفالة التمتع بها . ذلك أن الفرد ، فى نظر هذا المذهب ، يولد وله حقوق طبيعية ، تفرضها الطبيعة ولا يمنحها القانون ، فهى سابقة فى وجودها على القانون : وجماع هذه الحقوق هى الحرية فى مظاهرها المختلفة . غير أن إطلاق استعمال هذه الحقوق ، وهى ثابتة لجميع الأفراد

بالتساوى ، قد يؤدى إلى التعارض بينها . ولهذا كان لابد من تقييد هذه الحقوق بالقرار الذى يسمح للجميع بالتجمع بها على قدم المساواة . ومن هنا كان القانون ضرورة اجتماعية ، كى يوفق بين الحقوق الفردية كفالة لوجودها واحترامها معا . فهو يقيد هذه الحقوق على سبيل التبادل ، دون أن يماز فى هذا التقييد القدر الضرورى لضمان حرية الجميع وحقوقهم . وفى هذه الحدود تكون مهمة القانون ، فليس له فيها وراء ذلك أن يتدخل فى شئون الأفراد .

ويتضح من هذا أن دون القانون فى نظر المذهب الفردى دور سلبي ينحصر فى حدود ضيقة للغاية ، إذ المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل القانون لتقييد هذه الحرية ، وهو استثناء يجب أن يؤخذ فى أضيق الحدود ، حتى يطلق للنشاط الفردى أوسع مدى :

ويرتب على هذا المذهب أن يكون لإرادة الأفراد الشأن الأول والرئيسى فى تنظيم شئونهم وعلاقاتهم ، وذلك أخذاً بمبدأ سلطان الإرادة *Le principe de l'autonomie de la volonté* . وقد ساد هذا المبدأ فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر بناء على نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية تشبعت بروح الفردية . وهى تنادى بوجود قانون طبيعى يقوم على حرية الفرد واستقلال إرادته ، ويترك هذه الإرادة توجه ما فى المجتمع من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد حمل لواء هذه الدعوة فى الميدان الاقتصادى الفيزيوقراط ، إذ كانوا ينادون بالحرية الاقتصادية . ونهض بها فى الميدان السياسى والفلسفى روسو فى كتابه المسمى بالعقد الاجتماعى . فكان جماع الأفكار التى سادت فى هذا العصر أن يترك للقانون الإرادة تزاوُل نشاطها ، وليس عليه بعد ذلك أن يتدخل لحماية طرف ، أو ليرى ما إذا كان هذا النشاط يتفق مع الصالح العام ، إذ أن هذا الوضع هو الذى يحقق مصلحة الفرد ، وبالتالي مصلحة المجموع ، والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، ومقتضى هذه الحرية أن تكون الإرادة حرة مستقلة .

ولا شك فى أن لهذا المذهب الفضل فى الدعوة إلى معارضة استبداد الدولة وطغيانها وفى بيان وجوب احترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردى . وقد كان ظهوره

أمرا طبيعيا ولازما في العصر الذى نودى به فيه، حيث اشتد تحكم الدولة إلى حد أهدرت فيه الحريات وأغلقت الأبواب أمام النشاط الفردى .

غير أنه يؤخذ عليه أنه بالغ في الاعتداد بالفرد إلى حد الإسراف، وتنكب الطريق الحق عندما نادى بإطلاق الحرية الفردية . فهو يجعل الفرد المهدف من وجود القانون ، ويقرص أن له حقوقا تعلو على القانون . وهذا أساس خاطئ ، إذ أن الغرض من وجود القانون هو تنظيم المجتمع وحفظ كيانه . وإذا كان هذا التنظيم يقتضى صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم فما ذلك إلا استجابة لما يتطلبه الصالح العام للجماعة بما ينطوى عليه من رعاية لمصالح الأفراد . وليس للفرد من حقوق إلا ما ينحوله إياه قانون المجتمع . كما أن إطلاق الحرية الفردية ينطوى على تجاهل الحقيقة الواقعة من حيث تفاوت الأشخاص في قوتهم الاقتصادية ، ومن ثم يؤدي إلى نتائج عملية غير مقبولة . فإطلاق الحرية للأشخاص في تنظيم علاقاتهم كما يشاءون أدى إلى أن أصبحت هذه الحرية أداة في يد الأقوياء للتحكم في الضعفاء واستغلالهم . وآية ذلك ما رأيته في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر من ظهور قوى اقتصادية هائلة تتمثل في أرباب الأعمال والشركات الكبيرة استطاعت بما توفر لها من قوة أن تفرض شروطها الجائرة على العمال الذليل لا بلهم من قبولها تحت ضغط الحاجة ومطالب العيش ، كما تمكنت من أن تتحكم في أسعار السلع والمراقق الضرورية التي لاغنى للجمهور عنها .

وعلى هذا النحو ظهرت مساوئ المذهب الفردى ، وبدا واضحا أن الأخذ به على إطلاقه يؤدي إلى الإضرار بمصالح الأفراد ومصلحة الجماعة على حد سواء . فهو يغفل أن الجماعة كوحدة متضامنة لها كياناتها المستقل عن كيانات الأفراد ، وأن صالحها العام يعلو على مصالحهم الخاصة ، وأن القانون يجب ألا يكون دوره مابيا محضا فيترك النشاط الفردى دون رقابة أو توجيه ، بل يجب أن يتخذ دورا إيجابيا فيتدخل لتوجيه هذا النشاط ، بحيث يحمى الضعيف من القوى ، ويتيح الفرص للتكافؤ أمام الجميع . وهذا هو الأساس الذى قام عليه المذهب الاشتراكي .

٢٤- المذهب الاشتراكي :

يقوم المذهب الاجتماعي أو الاشتراكي *La doctrine socialiste* على أساس أن المجتمع هو الهدف من وجود القانون . فهو ينظر إلى الشخص باعتباره كائنا اجتماعيا يرتبط بغيره من الناس ويتضامن معهم في سبيل تحقيق الصالح العام للجماعة ؛ ومن ثم تكون وظيفة القانون في نظره هي المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الفرد لخدمته . فالمجتمع ليس مجموعة من شخصيات محظطة بذاتها ، كما يريد المذهب الفردي ، بل هو وحدة متضافرة تتجه جهود أفراد نحو غاية مشتركة ، هي خير المجموع . وبذلك يكون للقانون دورا إيجابيا ، فلا يقتصر على حفظ النظام في المجتمع كما ينادى المذهب الفردي ، بل يتجه إلى تحقيق الخير العام فيوجه النشاط الفردي نحو هذه الغاية .

ويمتاز هذا المذهب بأنه يضع مصلحة الجماعة في المقام الأول ، فيرجحها على المصالح الخاصة للأفراد ، وبذلك يبرر حقيقة هامة وأساسية أغفلها المذهب الفردي . كما أن له فضل ثلثي النتائج الظالة التي تترتب على إطلاق الحرية الفردية بما يؤدي إليه من تحكم واستغلال .

غير أنه يلاحظ أن المذاهب الاشتراكية تتفاوت درجاتها . فمنها ما يبالغ إلى حد إلغاء الملكية الخاصة والنضحية بمصلحة الفرد في سبيل مصلحة المجموع ، بحيث يجعل نصب عينيهِ مصلحة الجماعة وحدها . ومنها ما يتخذ مذهباً معتدلاً ، فيسلك طريقاً وسطاً بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي ، حيث يضع مصلحة الجماعة في المقام الأول ، مع الاعتراف بالملكية الخاصة ، واحترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي في الحدود التي تنأى بهما عن التحكم والاستغلال ،

وهذه الصورة المعتدلة للاشتراكية هي التي تسود في الوقت الحاضر في أغلب البلاد . وهي التي يحسن الوقوف عندها ، نظراً إلى أنها تجمع بين مزايا المذهبين وتلافى ما فيهما من عيوب . فهي لا تعتد بالفرد وحده كما يقول المذهب الفردي ، ولا تنظر إلى الجماعة وحدها كما ينادى المذهب الاشتراكي في صورته المتطرفة ، وإنما تتخذ مسلكاً

وسمّا تنظر فيه إلى مصلحة الجماعة بصفة أساسية مع المحافظة على شخصية الفرد وكيانه اللذان يمحى لا يضحى بالمصلحة الخاصة للفرد إلا إذا تعارضت مع المصلحة العامة للمجموع. وقد ترتب على المذهب الإشتراكي في صورته القويّة هذه أن عمدت الدولة في كثير من البلاد إلى تأميم المرافق الضرورية للشعب، حتى تكون بمنأى عن الاستغلال والتحكم من جانب بعض الأشخاص، وبذلك وجدت الملكية الجماعية للشعب إلى جانب الملكية الخاصة للأفراد. إذ أن هذا التأميم ينقل المال من الملكية الخاصة إلى الملكية الجماعية. ويقول ميثاقنا الوطني في هذا المعنى: «إن التأميم ليس إلا انتقال أداة من أدوات الإنتاج من مجال الملكية الخاصة إلى مجال الملكية العامة للشعب» (١). كما ترتب على هذا المذهب أن أصبحت لإرادة الأفراد في تنظيم شئونهم وعلاقاتهم مقيدة بالقيود التي يقتضها الصالح العام للمجتمع. وهذه القيود تزداد يوما بعد يوم: حيث اتسع نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق. وأصبح الغبن سببا عاما لإبطال العقد إذا كان منظوبا على استغلال. وظهرت نظرية الظروف الطارئة. وأخذ الشارع يتدخل في تنظيم توزيع من العقود بمقتضى قواعد أمرة، كعقد العمل وعقد الإيجار. وأصبح كثير من السلع خاضعة للتسعير الجبري»

ويتضح من هذا أن القانون في ظل المذهب الإشتراكي يقوم ببلور إيجابي في توجيه نشاط الأفراد على النحو الذي يتفق مع الصالح العام، حيث يتسع نطاقه إلى حد كبير.

٢٥ - موقف القانون من المصير :

صدر التقنين المدني المصري القديم في عام ١٨٧٥ (التقنين المختلط) و ١٨٨٣ (التقنين الأهل) تسيطر عليه النزعة السائدة في ذلك العصر، وهي النزعة الفردية : وقد كان في هذا مقلدا للتقنين المدني الفرنسي الذي أخذ عنه الكثير من أحكامه : فوفقا لنصوص هذا التقنين كان يعتبر حق الملكية حقا مطلقا، وكان مبدأ سلطان

(١) قدم رئيس الجمهورية مشروع هذا الميثاق إلى المؤتمر الوطني لقوى الشعبية في ٢١ مايو سنة ١٩٦٥، وقد أقره المؤتمر وأعلته في يولييه سنة ١٩٦٢.

الإرادة هو الأساس في تنظيم معاملات الأفراد ، فلا يجوز نقض العقد ولو كان منطوقاً على استئصال ، ولا الإعفاء من بعض شروطه ولو كانت جائرة . ولا إعادة النظر فيه ولو ظراً ما يجعل الإلتزام مرهقاً للمدين .

غير أن تطورات عميقة ظهرت في العالم منذ بداية القرن العشرين وحيث ظهرت أفكار جديدة تنادى بالحد من إطلاق النزعة الفردية وتنظر إلى الحقوق ، ولا سيما حق الملكية ، باعتبارها وظائف اجتماعية . وقد تأثر الشارع المصري بهذا الاتجاه الاشتراكي الجديد ، فأصدر فريقاً من القوانين الخاصة يستجيب فيها لهذا الاتجاه ، كذلك التي تتعلق بالعمل وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر .

ثم جاء التقنين المدني الحالي الذي عمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مصطباً بصيغة اشتراكية معتدلة يجارى فيها نزعات عصره سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية ، حيث اتخذ موقفاً معتدلاً بين الفرد والجماعة . ففي نطاق العقد أثر مبدأ سلطان الإرادة ؛ ولكنه أحاطه بكثير من القيود لمصاحبة الجماعة . فهو يتميز في هذا الصدد بحماية الجانب الضعيف في العقد ، كفاعل في نظرية الاستئصال ، وعقود الإذعان ، ونظرية الحوادث الطارئة ، وعقد التأمين . وفي نطاق الملكية جعلها وظيفة اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً ، حيث أورد عليها من القيود ما يقف بها عند حدود هذه الوظيفة . إذ أوجب على المالك ألا يخلو في استعماله حقاً إلى حد يلحق بالجار ضرراً غير مألوف . وتضمن قيوداً على حق الملكية في الشرب والمجرب والصرف وحق المرور والحائط المشترك والمطلات . وأبرز فكرة التضامن الاجتماعي في نظام الشيوع ، وملكية الأسرة ، وملكية الطبقات ، واتحاد ملاك طبقات البناء الواحد . وهو وإن كان يحمي حقوق الأفراد أياً كان نوعها ويكفل لهم استعمالها والتمتع بها ، إلا أنه في الوقت ذاته يحمي الجماعة من مخطر استعمالها على نحو مطلق ينحرف بها عن غرضها الاجتماعي ، فلا يجوز التعسف في هذا الاستعمال .

وبعد قيام ثوره ٢٣ يولييه سنة ١٩٥٢ أخذ الطابع الاشتراكي يسود التشريعات الجديدة على نحو حرص فيه الشارع على أن يقيم مجتمعاً اشتراكياً بروحه ومعناه . فصدرت قوانين الإصلاح الزراعي في سنة ١٩٥٢ والسنوات التالية تفرض حداً أقصى

لما يجوز للشخص أن يملكه من الأراضي الزراعية، وما يجوز له أن يتفقد به من أرض مملوكة لغيره ، وتنظم العلاقة بين مالك الأرض الزراعية والمستأجر . وصلحت القوانين الاشتراكية في سنة ١٩٦١ والسنوات التالية تؤم البنوك وشركات التأمين وفريقا من الشركات الأخرى والمنشآت ، وتقضى بمساهمة الحكومة في فريق آخر من الشركات والمنشآت ، وتفرض حدا أقصى لما يجوز للشخص أن يملكه من الأسهم في بعض الشركات . وقد كانت هذه القوانين وتلك نقطة تحول في حياة المجتمع المصري ، سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية . وهذا فضلا عن التشريعات الأخرى الكثيرة التي تنظم عقد العمل ، وتقرر التأمينات الاجتماعية ، وتخفف من الإيجارات أو تحدد قواعد ربطها ، وتفرض ضرائب تصاعدية ، وتضع تسعيرة للسلع الضرورية ، وتقرر حماية التعليم ، وتضع نظام التأمين الصحي .

ويقول الميثاق الوطني في هذا الصدد : « لقد أصبحت الاشتراكية وسيلة وغاية ، هي الكفاية والعدل » . كما يقول : « إن الحل الاشتراكي لمشكلة التخلف الاقتصادي والاجتماعي في مصر ، وصولا ثوريا إلى التقدم » لم يكن اقتراضا قائما على الانتفاء الاختياري ، وإنما كان الحل الاشتراكي حتمية تاريخية فرضها الواقع وفرضتها الآمال العريضة للجمهير ، كما فرضتها الطبيعة المتغيرة للعالم في النصف الثاني من القرن العشرين » .

وينص الدستور الذي بدأ العمل به من اليوم الخامس والعشرين من شهر مارس سنة ١٩٦٤ فيما يتعلق بالدولة على أن « الجمهورية العربية المتحدة ، دولة ديمقراطية اشتراكية ، تقوم على تحالف قوى الشعب العاملة » (المادة الأولى) ، وأن « السيادة للشعب » (٢م) . كما ينص في بيانه لقومات المجتمع الأساسية على أن « التضامن الاجتماعي أساس المجتمع المصري » (م ٦) ، وأن « الأساس الاقتصادي للدولة هو النظام الاشتراكي ، الذي يحظر أى شكل من أشكال الاستغلال ، بما يضمن بناء المجتمع الاشتراكي بدعامتيه من الكفاية والعدل » (م ٩) ، وأن الشعب يسيطر على كل أدوات الإنتاج (م ١٢) ، وأن رأس المال يستخدم « في خدمة الاقتصادى القومى » ولا يجوز أن يعارض في طرق استخدامه مع الخير العام للشعب » (م ١٤) ، وأن الملكية الخاصة مصونة ، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية » (م ١٦) ، وأن القانون يعين « الحد

الأخصى للملكية الزراعية ، ويحدد وسائل حماية الملكية الزراعية الصغيرة (م ١٧) ،
وأن الدولة تشجع التعاون ، وترعى المنشآت التعاونية بمخطف صورها (م ١٨) ، وأن
الدولة تكفل وخدمات التأمين الاجتماعى ، وللمصريين الحق فى المعونة فى حالة الشيخوخة ،
وفى حالة المرض أو العجز عن العمل أو البطالة (م ٢٠) . وهذه المبادئ كلها من الأسس
التي يقوم عليها المنهج الاشتراكى مستمدا من ظروف يئتنا ، ومصطبغا بصيغة مجتمعتنا ،
ومسجيا لآمالنا وأهدافنا .

الباب الثاني

أنواع القواعد القانونية

٢٦ - تمير هذه الأنواع :

يتناول القانون في تنظيمه لشئون المجتمع موضوعات شتى تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية. ومن هذا فإنه ينقسم في مجلته إلى مجموعات مع القواعد بحسب موضوع العلاقة التي ينظمها. وعلى هذا الأساس يمكن تقسيمه إلى قسمين رئيسيين ، هما القانون العام والقانون الخاص ، وتنطوي تحت كل من هذين القسمين فروع متعددة . كما أن القواعد القانونية ، وإن كانت جميعها قواعد ملزمة ، إلا أنها تتفاوت من حيث مدى مالارادة الأفراد من سلطان إزاء قوتها الملزمة . فبعضها لا يجوز لهذه الإرادة أن تخالفه، بينما البعض الآخر يجوز للإرادة أن تخالفه. وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد أمرة وقواعد مكللة . ولهذا نعرض لهاتين التاحيتين في تحديد أنواع القواعد القانونية .

الفصل الأول

أقسام القانون وفروعه

٢٧ - تسميات معروفة :

هناك تسميات عدة للقانون يذهب إليها الفقهاء، أهمها تسميان : الأول هو تقسيمه إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي أو شكلي، والثاني هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص .

والمعيار الذى يقوم عليه التقسيم الأول هو أن القانون الموضوعى تتضمن قواعده أحكاما موضوعية تبين الحقوق والواجبات المختلفة ، كالقانون المدنى والقانون التجارى. أما القانون الاجرائى أو الشكلى فيشتمل على قواعد اجرائية تبين الأوضاع والإجراءات التى تتبع لاختضاء الحقوق التى يقررها القانون الموضوعى ، كقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاجرامات الجنائية . فتلايين قانون المرافعات المدنية والتجارية الإجراءات التى يتبعها الشخص للحصول على حق يقرره له القانون المدنى أو القانون التجارى، حيث يتناول المحكمة المختصة بنظر الدعوى وكيفية رفع الدعوى وطريقة إقامة الدليل وصدور الحكم فى الدعوى وكيفية تنفيذه .

ولكن التقسيم الرئيسى للقانون هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص : وهو تقسيم تقليدى لا يزال مستقرا وهما فى الفقه الحديث .

ولذلك نعرض لهذا التقسيم فيما يلى ، ثم نبين الفروع التى تندرج تحت كل من قسميه .

الفرع الأول

تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص

٢٨ - معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص :

هناك مسألة أولية نعرض لها فى البداية ، لأنها ترتبط بالفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ، بحيث يكون معي شأنا أن تلقى الضوء على معيار هذه الفرقة . ذلك أن الدولة يحكم قيامها على المصالح الأساسية للمجتمع تدخل فى سبيل تحقيق هذه المصالح طرفا فى العلاقات القانونية باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، فتكون هذه العلاقات حينئذ خاضعة للقانون العام . كأن تنزع الدولة ملكية قطعة من الأرض للمنفعة العامة ، فتكون العلاقة بينها وبين صاحب هذه الأرض خاضعة للقانون العام . أو تعين الدولة شخصا فى وظيفة ، فتكون العلاقة بينها وبين الموظف محكومة بقواعد هذا القانون . غير أن الدولة قد تمارس نشاطا آخر غير ذلك ، فتدخل طرفا فى العلاقات القانونية ، لا باعتبارها

صاحبة السلطان والسيادة ، بل بوصفها شخصا اعتباريا يتعامل كغيره من الأشخاص العاديين ، فتدخل هذه العلاقات في نطاق القانون الخاص . كأن تباع الدولة قطعة من الأرض المملوكة لها ملكية خاصة ، فيكون عقد البيع المبرم بينها وبين المشتري خاضعا لقواعد القانون الخاص ، شأنه في ذلك شأن أى بيع عادى يبرم بين الأفراد . أو تستأجر الدولة بناء لاستخدامه في بعض أوجه نشاطها ، فتسرى على عقد الإيجار المبرم بينها وبين المالك أحكام القانون الخاص .

وعلى أساس هذا التمييز فيما يتعلق بصفة الدولة حينما تدخل طرفا في العلاقة القانونية أقام كثير من الفقهاء معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص : فالعلاقات التي ينظمها القانون العام هي التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السلطان والسيادة ، أما العلاقات ينظمها القانون الخاص فهي التي لا تكون الدولة طرفا فيها بهذا الوصف .

وهذا المعيار الذي يقوم على أساس صفة الأشخاص الذين يدخلون أطرافا في العلاقة القانونية يقرب من الصواب ، ولكنه لا يتسم بالدقة . إذ أن الصفة التي تثبت لأشخاص العلاقة القانونية إنما تضرع على طبيعة هذه العلاقة . ومن ثم يكون المعيار السليم في هذا الصدد هو الذي يقوم على أساس طبيعة العلاقة القانونية ذاتها ، بحيث ينظر إلى ما إذا كانت هذه العلاقة تتصل بحق السيادة في الدولة أولا تتصل به . ومقتضى هذا أن يكون القانون العام هو الذي ينظم السلطات العامة في الدولة ، وبحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن تقوم بين دولة ودولة ، أو بين ساطة وأخرى من السلطات العامة في الدولة ، أو بين الدولة وأحد أشخاص القانون الخاص . بينما يكون القانون الخاص هو الذي يحكم العلاقات التي لا تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة ولا تتصل بحق السيادة فيها : وهذه العلاقات إما أن تقوم بين الدولة باعتبارها شخصا اعتباريا عاديا وأحد أشخاص القانون الخاص ، أو بين أشخاص القانون الخاص سواء كانوا أشخاصا اعتباريين أو أفرادا .

٢٩ - الحكة فى التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وأهميتها :

ترجع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إلى ما هنالك من اختلاف جوهري فيما يتعلق بالأغراض المقصودة من كل منهما . فقواعد القانون العام يراد بها حماية المصالح العام للمجتمع في نواحيه المختلفة ، أما قواعد القانون الخاص فالغرض منها حماية المصالح الخاصة لمن يتعاملون في نطاقه . ولأن هذه هي الحكة فى التفرقة بين هذين القانونين ، فإن قواعد القانون العام ترجح في قوتها الملزمة على قواعد القانون الخاص ، حيث تجب التضحية بالمصلحة الخاصة للفرد في سبيل المصلحة العامة للمجموع .

وتظهر أهمية هذه التفرقة في نواح متعددة نخص بالذكر منها ما يأتي :

(١) فنظرا إلى أن القانون العام يهدف إلى حماية المصالح العام للمجتمع كانت أحكامه جميعها قواعد آمرة ، بمعنى أنه لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها أو يتفقا على ما يخالفها . بينما يتضمن القانون الخاص كثيرا من القواعد المسكلة ، وهي التي يجوز للأفراد أن يتفقا على ما يخالفها ، لأنها تتعلق بمصالح خاصة لهم .

(٢) وضمانا لتحقيق الأغراض المقصودة من القانون العام يحول هذا القانون الميثاق العامة في الدولة سلطات لا يجوز لها القانون الخاص الأفراد . فثلا تستطيع السلطات العامة أن تتخذ في سبيل أداء وظيفتها وسائل قهرية لا يجوز للأفراد ، كالتنفيذ بالطريق الإداري دون اللجوء إلى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة . كما تستطيع أن تفرض على الأفراد القيام بعمل معين ، كتكليف المهنيين والأطباء بالعمل مدة معينة بعد تخرجهم في مصالح الحكومة .

(٣) وفيما يتعلق بالأموال العامة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهي المخصصة للمنفعة العامة ، ينص القانون العام بأحكام تختلف عن تلك التي يتضمنها القانون الخاص بالنسبة إلى الأموال المملوكة للأفراد . حيث لا يجوز التصرف في الأموال العامة ، أو الحجز عليها ، أو تملكها بالحيازة (م ٨٧ مدني) .

بل إنه حتى بالنسبة إلى الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، فإن لها من الأحكام الخاصة ما تنفرد به دون الأموال الخاصة المملوكة للأفراد ،

إذ لا يجوز تملكها أو كسب أى حق عيني عليها بالتقادم ، وفى حالة حصول التمديد عليها يكون للجهة صاحبة الشأن حق إلزائه إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة دون الإلتجاء إلى القضاء (م ٧٧٠ / ٢ مدنى) .

(٤) والعلاقات التى تدخل الدولة طرفا فيها تنظمها قواعد القانون العام ، وهى تختلف عن القواعد التى تنظم علاقات القانون الخاص : فعلاقة الدولة بموظفيها تخضع لقواعد القانون العام ، وهى تختلف عن القواعد التى تحكم علاقة الأشخاص العاديين بمن يعملون لديهم . حيث يعمل هؤلاء الموظفون فى مصالح عامة يجب ألا تقف عن العمل أو تتعطل ، الأمر الذى يدعو إلى الحد من حرياتهم على نحو لا يجده فيها بين الأشخاص العاديين . والعقود الإدارية التى تبرمها الإدارة تسرى فى شأنها قواعد تختلف عن تلك التى تخضع لها العقود فى القانون الخاص . فللإدارة مثلا حق إلغاء العقد أو تعديله . شروطه إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، فى حين أن مثل هذه السلطة لا تنقرر للمتعاقد فى نطاق القانون الخاص :

(٥) وقد ترتب على اختلاف القواعد فى القانون العام عنها فى القانون الخاص أن عدد كبير من الدول إلى أفراد جهة قضاء مستقلة عن القضاء العادى الفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام . وهذا هو ما أخذ به القانون المصرى ، حيث توجد فى نطاق مجلس الدولة الذى أنشئ منذ سنة ١٩٤٦ محاكم إدارية تتولى الفصل فى المنازعات التى تكون الإدارة طرفا فيها بوصفها كذلك . فيدخل فى اختصاص القضاء الإدارى مانص عليه قانون مجلس الدولة من هذه المنازعات ، ويبقى ما عدا ذلك من اختصاص القضاء العادى .

وعلى الرغم من وجود هذه الفوارق الملحة بين القانون العام والقانون الخاص ، فإن التفرقة بينهما ليست حتمية أو مطلقة أو جامدة . فهناك من الشرائع مالا يثنى بالا إلى هذه التفرقة ، كالتوانين الانجلوسكسونية . وهناك من فروع القانون ما يصعب اعتباره من القانون العام أو القانون الخاص ، ولا سيما إذا كان يضم مزيجا من القواعد المختلفة فى طبيعتها ، كما سئرى بالنسبة إلى قانون المرافعات . بل إن النظرة إلى فريق معين من القواعد القانونية من حيث طبيعتها قد تختلف من بلد إلى آخر ومن زمان إلى زمان .

غير أن هذا ليس من شأنه أن يقدح في سلامة هذه الفقرة الأساسية وأهميتها ، نظرا إلى ما يترتب عليها من نتائج بالغة الخطورة فيما يتعلق بنظام المجتمع على النحو الذي ذكرناه .

الفرع الثاني

فروع القانون العام

٣٠ - افتراضه العام الخارجي وقانونه العام الداخلي :

يمرر جمهور الفقهاء على تقسيم القانون العام إلى قانون عام خارجي وقانون عام داخلي . ويقصد بالقانون العام الخارجي القانون الدولي العام . أما القانون العام الداخلي فيشمل الفروع الأخرى للقانون العام التي تدخل في نطاق القانون الداخلي . ويرى بعض الفقهاء أن الأولى أن تقسم القانون تقسيما أساسيا إلى قانون دولي وقانون داخلي ، بحيث يصبح تقسيم القانون إلى عام وخاص تقسيما ثانويا في نطاق القانون الداخلي : وهذا في اعتقادنا نظر سليم ، إذ أن المجتمع الذي يتناوله القانون الدولي هو العالم كله ؛ بينما المجتمع الذي ينطبق فيه القانون الداخلي هو الدولة ، ففي هذا النطاق الداخلي يكون تقسيم القانون إلى عام وخاص .

وستناول فيما يلي فروع القانون العام وفقا للرأى السائد ، وهي القانون الدولي العام ، ثم الفروع الأخرى التي يشملها القانون الداخلي ، وهي القانون الدستوري ، والقانون الإداري ، والقانون المالي ، والقانون الجنائي بفرعيه وهما قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية :

٣١ - افتراضه الدولي العام :

القانون الدولي العام *Droit international public* هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الآخر في حالات السلم والحرب والحياة، وعلاقتها بالمنظمات الدولية .

وسنذكر فيما على المسائل التى يتناولها، والمصادر التى يستمد قواعده منها ، ثم نبين ما إذا كانت قواعده تعتبر قانونا بالمعنى الصحيح .

(١) مسائل القانون الدولى العام : ينظم هذا القانون طوائف مختلفة من العلاقات الدولية .

فهو يعنى ببيان أشخاص المجتمع الدولى ، فيحدد العناصر التى يجب توافرها فى الدولة حتى تكسب الشخصية الدولية ، ويقسم الدول فى هذا الخصوص إلى دول كاملة السيادة ودول ناقصة السيادة بحيث يكون لكل منها مركز خاص فى ذلك المجتمع . كما ينظم حقوق الدولة وواجباتها فى علاقاتها بالدول الأخرى ، وطرق التمثيل السياسى والقنصل الذى يجرى فيما بين الدول ، وأحكام المعاهدات والإنفاقات التى تبرم بينها ، والوسائل التى يجب أن تتبعها لفض المنازعات بينها بالطرق الودية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم والقضاء الدولى . كذلك يبين أحكام مسئولية الدولة قبل الدول الأخرى . فهذه هى الروابط الدولية وقت السلم ، ولذلك سميت القواعد التى تنظمها بقانون السلم .

وفى حالة الحرب ينظم هذا القانون علاقات الدول المتحاربة ، فبين طريقة إعلان الحرب ، والأسلحة التى يجوز استخدامها ، وكيفية معاملة الأسرى والجرحى والمعتقلين من المدنيين ، وطريقة المفاوضات أثناء الحرب ، ووسائل إنهاء الحرب كالهجرة والصالح . وتسمى القواعد المنظمة لهذه العلاقات بقانون الحرب .

أما الدول الأخرى التى لا تدخل فى الحرب فتكون علاقاتها بالدول المتحاربة علاقة حياد . وهذه العلاقة ينظمها قانون الحياد ، فبين حقوق وواجبات الدول المحايدة إزاء الدول المتحاربة ، كجواز ضبط المهربات الحربية والحصار البحرى وغير ذلك . وقد اتسع نطاق هذا القانون بظهور منظمات دولية جديدة على أثر الحربين العالميتين

الأخيرتين . وأهمها منظمات هيئة الأمم المتحدة ، كالجمعية العامة للأمم المتحدة ، ومجلس الأمن ، ومجلس الوصاية ، والمجلس الاقتصادى والاجتماعى ، ومؤسسة الثقافة العالمية ، ومحاكمة العدل الدولية ، وبنك الإنشاء والتعمير . وكذلك المنظمات الإقليمية ، كجامعة الدول العربية . حيث وجدت قواعد تين تشكيل هذه الهيئات واختصاصاتها والإجراءات التى تتبعها فى أداء وظيفتها ، وتسمى هذه القواعد بقانون المنظمات الدولية .

(٢) مصادر القانون الدولي العام : لاتوجد هيئة تشريعية دولية تملك من قوانين تلزم الدول على النحو الموجود بالنسبة إلى القانون الداخلي . فمصادر القانون الدولي العام هي العرف والمعاهدات والفقه والقضاء .

ويعتبر العرف هو المصدر الأساسي في هذا الخصوص . فإذا درجت الدول على الأخذ بقاعدة معينة حتى تولد لديها اعتقاد عام بأنها قاعدة يجب مراعاتها أصبحت هذه القاعدة عرفا . وتساهم المصادر الأخرى في تكوين هذا العرف إذا تردد ذكره في المعاهدات الدولية واستقر عليه الفقه والقضاء الدوليين .

كذلك تعتبر المعاهدات مصدرا في هذا الشأن إذا أبرمت بين عدد كبير من الدول وكان الغرض منها وضع قواعد دولية تتعلق بأمورهم الدول جميعا . فمثل هذه المعاهدات يقال لها المعاهدات الشارعة *Traites-lois* ، وهي تختلف عن المعاهدات التي تبرم بين عدد محدود من الدول في خصوص أمرهم الدول المتعاهدة دون غيرها . ومن أمثلتها اتفاقيات لاهاى التي أبرمت في سنتي ١٨٩٩ و ١٩٠٧ وتضمنت للقواعد الخاصة بتسوية المنازعات الدولية تسوية سلمية والقواعد المنظمة للحرب ، وكذلك ميثاق هيئة الأمم المتحدة الذي أبرم في سان فرانسيسكو سنة ١٩٤٥ .

أما الفقه والقضاء الدوليين فيأتيان في المرتبة بعد هذين المصدرين ، إذ أن أثرهما محدود في هذا النطاق، وهما على كل حال يساهمان في تكوين العرف الدولي إذا استقرا على الأخذ بقاعدة معينة :

(٣) مدى اعتبار القانون الدولي العام قانونا بالمعنى الصحيح : ثار جدل في الفقه حول هذا الاعتبار :

فلهب فريق من الفقهاء إلى أن القانون الدولي العام ليس قانونا بالمعنى الصحيح . وذلك استنادا إلى أنه لا توجد سلطة تشريعية دولية تتولى سن قوانين تلزم الدول ، ولا سلطة قضائية تختص بالفصل في المنازعات الدولية ، ولا سلطة عليا تقوم بتوقيع الجزاء على الدول التي تخالف قواعد هذا القانون : فهذه الأمم المتحدة ليست دولة فوق الدول ، بل هي مؤتمر تجتمع فيه الدول ، مع بقاء الانضمام إلى الهيئة أو الخروج منها أمرا اختياريًا موكولا إلى إرادة الدولة ، بل إن ما تقرره الهيئة تستطيع كل دولة من الدول

الأعضاء أن يحلل منه . وحتى ما ترتضيه الدولة بطريق المعاهدات تستطيع أن تخالفه : وإذا كان ميثاق هيئة الأمم قد قرر عقوبات اقتصادية وعسكرية على من يخالفه فإن هذه العقوبات لا توقعها سلطة دولية .

وذهب فريق آخر إلى اعتبار القانون الدولي العام قانونا بالمعنى الصحيح . وكان من اليسير عليهم دحض ما يحتج به الفريق الأول من أنه لا توجد سلطة تشريعية دولية تتولى وضع قواعد القانون الدولي . إذ أن هذا ليس لازما حتى في نطاق القانون الداخلي : ففي داخل الدولة يوجد إلى جانب القواعد التشريعية قواعد أخرى عرفية : وقد بدأ القانون الداخلي عرفا قبل أن توجد الهيئات التشريعية . كما أن وجود سلطة قضائية للفصل في المنازعات لا يعتبر شرطا لوجود القانون . وعلى أى حال فإن في المجتمع الدولي وسائل لحل المنازعات الدولية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم والقضاء الدولي الذى تتولاه محكمة العدل الدولية . أما الاحتجاج بعدم وجود سلطة عليا فوق الدول توقع الجزاء على من يخالف قواعد القانون الدولي فقد رد عليه بأن وجود جزاء منظم توقعه سلطة مختصة ليس ضروريا لوجود القاعدة القانونية ، وحتى إذا سلمنا بضرورة وجود الجزاء فلا يلزم أن يوقع بواسطة سلطة مختصة لأن طريقة توقيع الجزاء مسألة تتعلق بمدى مابلقه المجتمع من تضامن وتنظيم . وفي القانون الدولي صور متعددة للجزاء ، منها إعلان الحرب ومقابلة المثل بالمثل وإعلان بطلان المعاهدة أو فسخها .

ونحن نعتقد أن قواعد القانون الدولي العام تعتبر قانونا بالمعنى الصحيح : ذلك أن للمجتمع الدولي ظروفه التى تميزه عن المجتمع الداخلي في الدولة ، فأعضاؤه هم الدول وليسوا الأفراد ، ومن ثم تختلف خصائص القاعدة في القانون الدولي عنها في القانون الداخلي . فشعور الدول بأن قاعدة معينة هى قاعدة ملزمة يجب أن تحترم يكتفى لأن يجعل منها قاعدة قانونية دولية ، وذلك على خلاف الوضع في القانون الداخلي ، لأن الدولة أمام هذا الشعور الإجماعى لا تقدم على مخالفة هذه القاعدة كما يقدم الأفراد . والاستنكار العالمى يصلح لأن يكون جزاء للقاعدة الدولية على خلاف قواعد القانون الداخلي ، لأن هذا الاستنكار من شأنه أن يكون رادعا للدولة منه أكثر بالنسبة إلى الأفراد . وإذا كان الجزاء المادى الذى يقوم على استعمال

القوة ضد الدولة المتحدة لا توقعه سلطة دولية ، بل توقعه كل دولة محضطة يكامل سلطانها ، فلا أقل من أن تعتبر هذا مرحلة يمر بها القانون الدولي وهو ما زال حديث العهد تقابل مرحلة الخصاص الفردى التى مر بها القانون الداخلى فى مراحل تكوينه . وإنا نرى اليوم أن الضمير العالمى قد بلغ مبلغا من الوعى جعل كثيرا من الدول القوة تحجم عن ضروب من الاعتداء والغصب كانت لا تتورع عن إتيانها فى الماضى .

٢٢ - القانون الدستورى :

القانون الدستورى Le droit constitutionnel هو مجموعة القواعد التى تحدد نظام الحكم فى الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقتها بعضها ببعض الآخر ، وتقرر مالا لأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة . وستتناول فيما يلى المسائل التى يعالجها هذا القانون ، ثم نناقش الرأى الذى يشكك فى أن قواعده تعتبر قانونا بالمعنى الصحيح .

١ - مسائل القانون الدستورى : يحدد هذا القانون شكل الدولة من حيث كونها ملكية أو جمهورية ، ديمقراطية أو دكتاتورية ، برلمانية أو غير برلمانية ، بسيطة أو اتحادية ، إلى غير ذلك . وقد نص الدستور المصرى الذى بدأ العمل به من اليوم الخامس والعشرين من شهر مارس سنة ١٩٦٤ فى مادته الأولى على أن الجمهورية العربية المتحدة ، دولة ديمقراطية اشتراكية ، تقوم على تحالف قوى الشعب العاملة . كما نص على أن مجلس الأمة هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية (م ٤٧) ، وعلى أنه يتألف مجلس الأمة من أعضاء يختارون بطريق الانتخاب السرى العام (م ٤٩) .

كما يبين السلطات العامة فى الدولة ، وهى السلطة التشريعية ، والسلطة التنفيذية ، والسلطة القضائية . ويعين الهيئات التى تتألف منها هذه السلطان واختصاص كل منها وعلاقتها بعضها ببعض الآخر . فالسلطة التشريعية فى مصر يتولاها مجلس الأمة (م ٤٧) ورئيس الجمهورية ، ووظيفتها سن القوانين ومراقبة أعمال السلطة التنفيذية . والسلطة التنفيذية يتولاها رئيس الجمهورية (م ١٠٠) ومعه نوابه وزرأؤه ، ووظيفتها

وضع السياسة العامة للدولة والإشراف على تنفيذها وتنفيذ القوانين وإدارة المرافق والمؤسسات العامة . والسلطة القضائية تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ووظيفتها تطبيق القوانين ، ولا يجوز لأية سلطة أخرى التدخل في أعمالها المتعلقة بالقضايا وشتون العدالة (م ١٥٢) .

كذلك يقرر حريات الأفراد وحقوقهم قبل الدولة . وترتبط هذه الحريات والحقوق إلى حقين جوهريين ، هما الحرية والمساواة . فالحرية تشمل الحرية الشخصية ، وحرية التملك ، وحرية المسكن ، وحرية الدين ، وحرية الرأي ، وحرية الإجماع ، وحرية التعليم . والمساواة تتضمن المساواة في الحقوق والواجبات ، أى المساواة في المزايا التي تمنحها الدولة للأفراد والتكاليف التي تفرضها عليهم ، كالمساواة في التوظيف والخدمة العسكرية ودفع الضرائب (م ٢٤ وما بعدها) .

٢ - القانون الدستوري قانون بالمعنى الصحيح : أنكر بعض الفقهاء توافر الصفة القانونية للقواعد الدستورية . وذلك على أساس أن السلطة العامة التي تقوم على كفالة احترام القانون لا يتصور أن توقع الجزاء على نفسها إذا خالفت قواعد هذا القانون ، فالتزامها باحترام الدستور لا يعدو أن يكون التزاماً أدبياً يحميه جزاءات أدبية محضة : . ويلاحظ على هذا النظر ما قلناه فيما يتعلق بالقانون الدولى العام من أن خصائص القاعدة القانونية تختلف بحسب المجال الذى تنطبق فيه . فإذا لاحظنا أن قواعد القانون الدستورى إنما تتوجه بصفة أساسية إلى السلطات العامة في الدولة ، أمكننا أن ندرك أن صور الجزاء فيها تختلف عنها بالنسبة إلى فروع القانون الأخرى . ذلك أن نظام الحكم في الدولة يقوم على توزيع السلطات بين هيئات مختلفة ، هى السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية . ومن ثم يتخذ الجزاء في ظل هذا النظام صورة رقابة متبادلة من كل سلطة على أخرى . فثلاً يكون للحكومة التي تتولى السلطة التنفيذية حل المجلس الذى يتولى السلطة التشريعية ومراقبة أعمال السلطة التنفيذية . ويكون لهذا المجلس حق إسقاط الحكومة . ويكون للمحكمة التي تتولى السلطة القضائية حق مراقبة صحة التشريعات التي تصدر عن السلطتين الأخرين فطغيها أو تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة للقانون أو للدستور ، كما يكون لها أن تحكم بالصيرى لصالح الأفراد في الدعاوى التي يرفعونها

على الحكومة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتهم من جراء أفعالها الخاطئة .
ومن الواضح أن مثل هذه الرقابة يتوفر فيها الجزاء الذي يكفل احترام القواعد
المستورية على نحو فعال . بل إن الشعب ، وهو مصدر السلطات جميعا ، يقف حارسا
أميناً على احترام هذه القواعد . فإذا وجد انتهاكاً لأحكام الدستور وانحرافاً من السلطة
العامة عن جادة الصواب باشر الضغط عليها بوسائله السلمية ، وإذا لم تفلح هذه الوسائل
فقد يؤدي الأمر إلى ثورة تعيد الأمور إلى نصابها . وتلك أقوى صور الجزاء وأفعلها
أثراً في كفالة احترام الدستور الذي يعتبر القانون الأساسي في الدولة .

٣٣ - القانون الإداري :

القانون الإداري *Le droit administratif* هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط
السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية .

ذلك أن السلطة التنفيذية تتولى نوعين من الأعمال : النوع الأول يشمل الأعمال
الحكومية أو أعمال السيادة ، كدعوة المجلس التشريعي إلى الانعقاد وإعلان الحرب وإبرام
المعاهدات وإعلان حالة الطوارئ ، وهذه أعمال لما خطر لها وتدخل في نطاق القانون
المستورى : والنوع الثانى يشمل الأعمال الإدارية ، وهى التى تتعلق بإدارة المرافق العامة
فى الدولة ، كرافق المياه والكهرباء والمواصلات والشرطة أو مالى ذلك من الخدمات
الضرورية للجمهور ، وهذه يتكفل بها القانون الإدارى .

ونظراً إلى هذا الإزدواج فى النشاط الذى تمارسه السلطة التنفيذية كانت الصلة
وثيقة بين القانون الدستورى والقانون الإدارى إلى درجة أنها يتداخلان بالنسبة إلى
بعض الموضوعات بحيث يصعب بيان الحد الفاصل بين نطاقيهما . فقد رأينا أن القانون
المستورى يدخل فى نطاقه بيان السلطات العامة فى الدولة وتحديد اختصاص كل منها
وتنظيم مايقوم بينها من علاقات . ويأتى القانون الإدارى فينظم نشاط السلطة التنفيذية فيما
يهتلق بالأعمال الإدارية .

ونعرض فيما يلى المسائل التى ينظمها القانون الإدارى ، ثم للمصادر التى تستقى
منها أحكامه .

١٠ (ا) مسائل القانون الإدارى : نظراً إلى أن هذا القانون ينظم الوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية فإنه يتناول كل ما يتعلق بأداء هذه الوظيفة :

١١ - فهو يحدد الأشخاص والهيئات التى تباشر الأعمال الإدارية ، كرئيس الدولة والوزراء والمحافظين والمصالح والمؤسسات العامة ومجالس المحافظات والمدن والقرى ، ويبين طريقة تكوين هذه الهيئات ، ويعين اختصاص هؤلاء الأشخاص وهذه الهيئات ، وينظم العلاقات بينها .

١٢ - وفيما يتعلق بعلاقة الحكومة المركزية بالهيئات الإقليمية هناك طريقتان للإدارة :

الأولى طريقة للمركزية ، وبمقتضاها تتركز الإدارة فى يد الحكومة المركزية ، حيث يعين على الهيئات الإقليمية الرجوع فى معظم شئونها إلى تلك الحكومة ، فلا يكون لهذه الهيئات إلا قسطاً ضئيلاً من الاستقلال الذاتى . وقد كانت هذه هى الطريقة المتبعة فى مصر إلى عهد قريب :

والثانية طريقة اللامركزية ، وبمقتضاها تتمثل الحكومة المركزية عن كثير من شئون الإدارة المحلية للهيئات الإقليمية ، وهذه تكون ذات صبغة شعبية انتخابية إما بصفة كاملة أو جزئية ، فتتمتع بقسط كبير من الاستقلال الذاتى ، بحيث يكون لها أن تبت فى كثير من المسائل دون الرجوع إلى الحكومة المركزية . وهذه هى الطريقة المتبعة عندنا الآن بمقتضى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ بتنظيم الإدارة المحلية .

٢ - كذلك يبين المرافق العامة التى تقدم الخدمات الضرورية للجمهور ، ويحدد الهيئات التى تتولاها ، وطريقة إدارتها واستغلالها .

٣ - وفيما يتعلق بالأموال العامة للدولة ، وكذلك الأموال المملوكة لها ملكية خاصة ، يبين النظام القانونى الذى تخضع له هذه الأموال سواء من حيث التملك أو الانتفاع .

٤ - كما ينظم علاقة الدولة بموظفيها من حيث التعيين والترقية والتأديب والفصل والامتناع وغير ذلك مما يتعلق بالموظفين .

٥ - هذا إلى أنه يعنى ببيان الأعمال الإدارية ، وشروط صحتها ، وطرق الرقابة عليها وبخاصة الرقابة القضائية .

وفى يتعلق بالرقابة القضائية على الأعمال الإدارية تخلف البلاد فى الوسيلة التى تتخذها لتحقيق هذه الرقابة . فبعضها يجعل هذه الرقابة من اختصاص القضاء العادى ، بينما يحرص البعض الآخر على الفصل التام بين السلطين التنفيذية والقضائية ، فيجعل هذه الرقابة من اختصاص قضاء إدارى ينشأ لهذا الغرض . وقد كانت مصر إلى عهد قريب تأخذ بالطريقة الأولى ، حيث كانت للمحاكم العادية سلطة محدودة فى هذا الشأن ، فلم يكن لها أن تلغى أو تقف تنفيذ الأعمال الإدارية المخالفة للقانون ، بل كان لها فحسب أن تحكم بالتعويض عن الأضرار التى تصيب الأفراد من جراء هذه الأعمال . ثم عدلت عن ذلك إلى الطريقة الأخرى ، فأنشأت مجلس الدولة فى سنة ١٩٤٦ ، ويتألف هذا المجلس من قسمين ، هما قسم القضاء الإدارى ، والقسم الاستشارى الفتوى والتشريع . والقسم الأول من هذين القسمين هو الذى يعتبر إنشاءً جديداً فى هذا التكوين ، فهو الدعامة الكبرى للإصلاح الذى حققه الشارع المصرى بإنشاء ذلك المجلس . وهو يقيم المحاكم الإدارية التى أصبحت تختص بجميع المنازعات التى تقوم بين الأفراد وبين السلطات الإدارية المختلفة فى شأن الأعمال الإدارية . حيث أعطيت هذه المحاكم سلطة واسعة فى رقابة الأعمال الإدارية ، بحيث يكون لها أن تحكم بإلغائها أو وقف تنفيذها إذا كانت مخالفة للقانون ، ومن ثم يستطيع الأفراد والمهيات أن يلجأوا إليها يطلبون إلغاء العمل الإدارى أو وقف تنفيذه والتعويض عن الضرر الذى أصابهم بسببه . وفى ذلك من الضمانات ما يكفل حقوق الأفراد ويحمل السلطات الإدارية على أن تلتزم فى إداء وظيفتها حدود القانون دون تصسف أو انحراف .

والواقع أن القانون الإدارى قد اتسع نطاقه بوجود القضاء الإدارى ، حيث يعتبر من موضوعاته الأساسية كل ما يتصل بهذا القضاء وبخاصة ما يتعلق بالسلطات التى أعطيت له والقواعد والضمانات التى يقرها .

٢ - مصادر القانون الإدارى : يتناول هذا القانون موضوعات مختلفة ومتشعبة يزدد نطاقها كل يوم نظراً إلى لزيادة المرافق التى تضطلع بها الدولة ، وتتغير القواعد التى تحكمها لمواجهة التطورات المستمرة فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية . ولذلك فإن

قواعده تستمد من مصادر متعددة، بحيث يتصلر تقنين هذه القواعد في ملونة واحدة :
وهذه المصادر هي :

١ - يأتي في المرتبة الأولى بين هذه المصادر القواعد التشريعية التي وضعت لتنظيم الوظيفة الإدارية للسلطة القضائية . وهذه القواعد مبعثرة في أنحاء متفرقة ، فنها قواعد وردت في الدستور ، ومنها قواعد وردت في عدد كبير من القوانين واللوائح . ومن أمثلة هذه القوانين قانون الحكم المحلي ، وقانون التزام المرافق العامة ، وقانون نزع الملكية للمنفعة العامة والتحسين ، وقوانين التكوين ، وقوانين الموظفين ، وقانون مجلس الدولة :

٢ - فإذا لم توجد قاعدة تشريعية من هذا القبيل طبق القضاء الإداري قواعد القانون المدني من الناحية الموضوعية وقواعد قانون المرافعات من الناحية الإجرائية . غير أنه يلاحظ أن تطبيق القضاء الإداري لهذه القواعد إنما يكون بالقدر الذي يتفق مع طبيعة العلاقات التي يحكمها القانون الإداري ، فهو لا يتقيد بهذه القواعد إذا تعارضت مع حسن سير المرفق العام واستمراره في أداء مهمته .

٣ - هذا إلى أن القضاء الإداري كان له الفضل في تقرير فريق من القواعد الثابتة والضمانات ، بحيث أصبحت هذه القواعد من مصادر القانون الإداري . وقد ساعد القضاء على سلوك هذه السبل أن ليست هناك نصوص تشريعية تقيد في هذا النطاق .

٣٤ - القانون المالي :

القانون المالي Le droit financier هو مجموعة القواعد التي تنظم مالية الدولة مع حيث إيراداتها ومصروفاتها . فهو بهذه المثابة يبين القواعد التي تحكم ميزانية الدولة . حيث تقسم الميزانية إلى إيرادات ومصروفات .

فما يتعلق بالإيرادات يحدد هذا القانون مصادرها وبين طريقة تحصيلها . وهذه المصادر متنوعة ، حيث تشمل الضرائب على اختلاف أنواعها ، وما تقتضاه الدولة نظير الخدمات التي تؤديها بواسطة المرافق العامة ، وما تحصله من غلة الأموال للملكة

لها ملكية خاصة أو من ثمن ما تباع منها ، والقروض التي تبرمها لسد عجز في الميزانية أو لاستئصال مرقق من المرافق .

وفيا يتعلق بالمصروفات ينظم اتفاق الإيرادات على المرافق التي تضطلع بها الدولة ، كال دفاع والأمن والصحة والقضاء والتعليم والشئون الاقتصادية ، وطريقة إنفاقها ، والرقابة على هذا الاتفاق .

ولقد كان هذا القانون إلى عهد قريب يعتبر جزءا من القانون الإداري ، إذ أنه في الواقع يتناول الناحية المالية لنشاط السلطة الإدارية ، ولكنه استقل عنه وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام .

٣٥ - القانون الجنائي :

القانون الجنائي *Le droit criminel* هو مجموعة القواعد التي تنظم سلطة الدولة في توقيع العقاب على المجرمين : وهو يشمل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية ، ولكل من هذين تفتين مستقل .

٣٦ - (١) قانون العقوبات :

قانون العقوبات *Le droit pénal* هو مجموعة القواعد التشريعية التي تحدد الجرائم والعقوبات المقررة لها . إذ لا جريمة ولا عقوبة بغير نص في القانون (م ٢٥ من الدستور) :

وهو ينقسم إلى قسمين : قسم عام وقسم خاص : فالقسم العام يشمل الأحكام العامة التي تسرى على الجريمة والمجرم والعقوبة بوجه عام أيا كان نوع الجريمة : فهو يبحث في الجريمة من حيث تحديد أنواعها وبيان أركانها ، ويبحث في المجرم من حيث تحديد مسؤوليته والظروف التي تعفى أو تخفف منها ، ويبحث في العقوبة من حيث أنواعها وحالات تعددها وأسباب انقضاءها : وتنقسم الجرائم إلى جنائيات وجنح وغالفات : الجنائيات هي التي يعاقب عليها بالإعدام ، أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة ، أو

السجن : والجنح هي التي يعاقب عليها بالجس الذي تزيد مدته على أسبوع ، أو الغرامة التي يزيد مقدارها على جنيه مصرى . والمخالفات هي التي يعاقب عليها بالجس الذي لا تزيد مدته على أسبوع ، أو الغرامة التي لا يزيد مقدارها على جنيه مصرى .

أما القسم الخاص فيشمل الأحكام الخاصة بكل جريمة على حدة : حيث يتناول أولا الجنايات والجنح التي تقع على الدولة مباشرة ، كالجرائم المخلة بأمنها الداخلى أو الخارجى والرشوة والتهريب وتزيف العملة : ثم يتناول الجنايات والجنح التي تقع على الأفراد مباشرة ، كالقتل والضرر والسرقة والزنا . وأخيرا يتناول المخالفات . وهناك جرائم ورد النص عليها في قوانين خاصة ، كقانون المخدرات وقانون الأسلحة .

وقد ذهب رأى إلى اعتبار قانون العقوبات من فروع القانون الخاص ، أو بالأقل قانونا غنطاطين القانون العام والقانون الخاص ، نظرا إلى أن الجريمة تصيب في معظم الحالات مصالح فردية . ولكن هذا الرأى على نظر : ولذلك يذهب الرأى السائد إلى اعتبار قانون العقوبات من فروع القانون العام . وينهض بهذا الرأى أن الجريمة ، حتى لو وقعت مباشرة على الأفراد أنفسهم ، تعتبر جريمة موجهة إلى المجتمع بأسره لما تنطوى عليه من أخلال بالأمن والأمنية فيه . ولذلك فإن السلطة العامة هي المختصة أصلا بمباشرة الدعوى العمومية ضد المجرم : وإذا ما أصاب أحد الأفراد ضرر من الجريمة فإن حقه يقتصر على المطالبة بالتعويض ، وهذه مسألة يحكمها القانون المدنى .

٣٧ - قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية :

Droit d' instruction criminelle قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية هو مجموعة القواعد التي تبين الاجراءات التي تتبع لتطبيق أحكام قانون العقوبات : فهي قواعد إجرائية ، يبينها قواعد قانون العقوبات قواعد موضوعية .

حيث يتكفل هذا القانون بتنظيم الحاكم الجنائية فيحد أنواعها ويعين اختصاص كل منها ، كما يبين الإجراءات التي تتبع في جمع الاستدلالات عن الجريمة ، والتحقيق مع المتهم ، ومحاكمته ، وطرق الطعن في الأحكام ، وتنفيذ العقوبات المحكوم بها .

والمحاكم الجنائية أو الجزائية أحد فرعى جهة القضاء العادى. وتشمل محاكم المخالفات
والجنح ، ومحاكم الجنح المستأنفة ، ومحاكم الجنابات . وعلى رأسها جميعا محكمة النقض ؛
كما توجد إلى جانب هذه المحاكم محاكم أمن الدولة .

الفرع الثالث

فروع القانون الخاص

٣٨ - القانون الخاص :

رأينا أن القانون الخاص هو الذى يحكم العلاقات التى لا تتعلق بتنظيم السلطات
العامة فى الدولة ولا تتصل بحق السيادة فيها . وهذه العلاقات إما أن تقوم بين الدولة
باعتبارها شخصا اعتباريا عاديا وأحد أشخاص القانون الخاص أو بين أشخاص القانون
الخاص سواء كانوا أشخاصا اعتباريين أو أفرادا ؛
والقانون المدنى هو أصل القانون الخاص كله . ثم استقلت عنه فروع لتحكم أنواعا
معينة من العلاقات ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد خاصة بها لارتباطها بنوع معين من
النشاط أو بمهنة معينة ، وهى فروع تتضمن قواعد موضوعية ، كالقانون التجارى
والقانون البحرى والقانون الحوى وقانون العمل والقانون الزراعى . كذلك استقلت
عنه القواعد الإجرائية ، فكونت فرعا مستقلا هو قانون المرافعات المدنية والتجارية .
وإلى جانب هذه الفروع ظهر فرع آخر هو القانون الدولى الخاص ، حيث تغرد قواعده
بوظيفة معينة فيما يتعلق بالعلاقات ذات العنصر الأجنبى .
وسنعرض لهذه الفروع فيما يلى :

٣٩ - القانون المدنى :

القانون المدنى Le droit civil هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة بين
الأشخاص فى المجتمع إلا ما يشكل بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون الخاص .
فهو بهذه المثابة يعتبر الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص . ويتجلى هنا

المعنى فى أمرين . الأول أن قواعد تواجبه علاقات تقوم بين جميع الأشخاص على اختلاف طوائفهم ومهنهم ، وذلك على خلاف الفروع الأخرى التى تعنى بطوائف ومهن معينة أو تتناول أوضاعا وحالات معينة . والثانى أن قواعد يرجع إليها فى كل مسألة يسكت عن تنظيمها فرع آخر من فروع القانون الخاص يتضمن أحكاما موضوعية ، وذلك فيما عدا القانون الدولى الخاص :

وهو بمعناه الصحيح ينظم طائفتين من للعلاقات القانونية : الأولى تشمل علاقات الفرد بأسرته ، ويطلق عليها الأحوال الشخصية Statut personnel . والثانية تشمل العلاقات المالية ، ويطلق عليها المعاملات أو الأحوال المدنية Statut réel . حيث يدخل فى نطاق الأحوال الشخصية المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية على المال ، والنسب وما يترتب عليه من آثار ، والزواج وما يترتب عليه من آثار ، والفرق من طلاق وغيره ، والميراث والوصية والوقف ، وكذلك الهبة فى بعض القوانين . ويدخل فى نطاق الأحوال المدنية أو المعاملات كل ما يتصل بالعلاقات المالية بين الشخص وغيره ، كتحديد معنى المال ، وبيان أنواع الحقوق المالية ، والسلطات التى تخولها ، وطرق كسبها وانتقالها وانقضائها :

فهذا هو مضمون القانون المدنى وفقا لما يجرى فى معظم بلاد العالم . أما فى مصر ، فنظرا إلى الظروف الخاصة التى وضع فيها أول تقنين مدنى ، لم يشتمل التقنين المدنى المصرى على تنظيم لمسائل الأحوال الشخصية ، حيث تركت هذه المسائل لحكم القواعد الدينية ، وهى الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين ، والشرائع المالية بالنسبة إلى غير المسلمين . ومنزى أن الشارع المصرى قد وحد القواعد المتعلقة بفريق من هذه المسائل بالنسبة إلى المصريين جميعا بمقتضى قوانين خاصة .

وقد وضع تقنين مدنى مصرى لأول مرة فى سنة ١٨٧٥ لى تطبيقه المحاكم المختلطة ، كما وضع تقنين آخر على غرار ه فى سنة ١٨٨٣ لى تطبيقه المحاكم الوطنية . ثم وحد التقنين المصرى عند إلغاء المحاكم المختلطة بعد تنقيحه تنقيحا شاملا ، فصدر فى ١٦ يولية سنة ١٩٤٨ وبملا العمل به من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويبدأ هذا التقنين بباب تمهيدى يتضمن أحكاما عامة فى القانون وتطبيقه وفى

الأشخاص وفي تقسيم الأشياء والأموال . ثم يقسم بعد ذلك إلى قسمين رئيسيين : أحدهما للالتزامات أو الحقوق الشخصية ، وهو يشمل على كتابين ، يتناول أولهما الالتزامات بوجه عام ، ويختص الثاني بالمقود المساءة . والقسم الآخر للحقوق العينية، وهو يتضمن كتابين كذلك ، كتابا ثالثا يعرض للحقوق العينية الأصلية ، وكتابا رابعا موضوعه الحقوق العينية النجبة أو التأمينات العينية .

ويوجد إلى جانب هذا التقنين قوانين خاصة تدخل في نطاق القانون المدني ، حيث عالج الشارع فيها موضوعات معينة رأى أن يفرد لها تنظيما مستقلا عن التقنين المدني ، منها قانون الشهر العقاري، وقانون التوثيق ، وقانون إيجار الأماكن ، وقانون الإصلاح الزراعى .

٤٠ - القانون التجارى :

القانون التجارى *Le droit commercial* هو مجموعة القواعد التي تنظم المعاملات التجارية . وهى المعاملات التى تنشأ بين التجار بوصفهم تجارا ، أو تكون متعلقة بأعمال تجارية .

فهو يحدد معنى التاجر والأعمال التجارية ، ويبين واجبات التاجر كالقيد في السجل التجارى ومسك الدفاتر التجارية ، وينظم الشركات التجارية بأنواعها المختلفة ، ويتناول مظاهر النشاط التجارى كالمقود التجارية والملكية التجارية ، وأدوات التعامل في التجارة كالكيالات والسندات الأذنية أو لحاملها والشيكات ، وينظم الإفلاس وما يترتب عليه من آثار .

وقد كان القانون التجارى جزءا من القانون المدنى ثم استقل عنه كما قلنا . ولهذا قلنا إن القانون المدنى يعتبر الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص ، فحيث لا توجد قاعدة في القانون التجارى لمسألة معينة يرجع فيها إلى قواعد القانون المدنى .

ويرجع استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى إلى الاعتبارات الآتية :

١ - فقد اقتضى ازدياد النشاط التجارى أن توضع قواعد خاصة تتفق مع ما تتطلبه

التجارة من سرعة في إنجاز المعاملات التجارية وإعانتها من القيود التي ترد على المعاملات المدنية ؛ ومن الأمثلة على ذلك أن القاعدة العامة التي يتضمنها القانون المدني في إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه تقتضي بأنه لا يجوز البينة في هذا الإثبات إذا كان التصرف تزيد قيمته على عشرة جنيهات (م ١/٤٠٠ مدني) . بينما يجوز في المعاملات التجارية إثبات مثل هذا التصرف بالبينة حتى لا تعطل هذه المعاملات . ومن الأمثلة كذلك أن القاعدة في القانون المدني أن حوالة الحق لا تنفذ قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها (م ٣٠٥ مدني) . بينما في المعاملات التجارية تنفذ حوالة الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية ، كالسكيات والسندات الإذنية والشيكات ، بمجرد التوقيع على الورقة بما يفيد الحوالة .

٢ - كما تقتضي المعاملات التجارية أن تقوم علاقات التجار على أساس من الثقة لا تتوفر في المعاملات غير التجارية ، مما دعا إلى وضع قواعد خاصة تنفق مع هذا الاعتبار . من ذلك أن القانون التجاري يلزم التاجر بأن يحسك دفاتر منتظمة يثبت فيها معاملاته ، ويشهر إفلاسه إذا توقف عن دفع ديونه فترفع يده عن إدارة أمواله ليتولاها وكيل الدائنين محافظة على حقوق هؤلاء ، ويعاقبه إذا صدر منه تقصير أو تدليس . ومن ذلك أنه في القانون المدني يجوز للقاضي أن ينتظر المدين إلى أجل بنفذ فيه التزاه إذا كانت ظروفه تبرر هذا التأجيل (م ٣٤٦/٢ مدني) . بينما لا تثبت هذه السلطة للقاضي في المسائل التجارية ، لأنها لا تلائم ما يجري عليه التجار في معاملاتهم التجارية ، حيث يرتبطون في هذه المعاملات اعتمادا على الوفاء بما لهم من ديون في مواعيد استحقاقها . ومن ذلك أن القاعدة في القانون المدني أن التضامن بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (م ٢٧٩ مدني) . أما في المعاملات التجارية فإن هذا التضامن يفترض ، دون حاجة إلى اتفاق أو نص ؛ فلا يكون على الدائن أن يقتصر في مطالبته لأي مدين على نصيبه في الدين ، بل يستطيع أن يطالبه بكل الدين ، وبذلك يتوفر له من الائتمان ما يضمن له الحصول على حقه .

٣ - هذا إلى أن نظاما جديدة ظهرت في نطاق التجارة ولم يكن لها وجود في المعاملات غير التجارية ، كالبنوك والبورصات والأوراق التجارية ، الأمر الذي دعا إلى وضع قواعد خاصة بها تدخل في نطاق القانون التجاري ؛

وقد وضع أول تقنين تجارى مصرى فى سنة ١٨٧٥ لى تطبيقه المحاكم المختلطة ، كم وضع تقنين آخر على غراوه فى سنة ١٨٨٣ لى تطبيقه المحاكم الوطنية . ولما ألغيت المحاكم المختلطة ظل التقنين الوطنى مطبقا حتى اليوم . ولكن الشارع عدل فى هذا التقنين القواعد الخاصة بالصلح الواقع من الإفلاس بمقتضى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٤٥ : كما أصدر عدة قوانين خاصة أراد أن يسد بها النقص فى هذا التقنين ، كالقانون الخاص بحماية العلامات والبيانات التجارية ، والقانون الخاص ببيع المحال التجارية ورهنا ، والقانون الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقانون الخاص بالأسماء التجارية ، والقانون الخاص بالسجل التجارى ، والقانون الخاص بالدفاتر التجارية ، والقانون الخاص ببعض أحكام الشركات .

ونظرا إلى ما تخضع له المسائل التجارية من أحكام وإجراءات خاصة ، فقد أنشأ الشارع المصرى دوائر خاصة لها فى نطاق المحاكم المدنية .

٤١ - القانون البحرى :

القانون البحرى *Le droit maritime* هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية . حيث تركز قواعد ذلك القانون فى السفينة وما تحمله باعتبارها وسيلة هذه الملاحة .

فهو ينظم الحقوق التى ترد على السفينة ، والعقود التى تكون هذه السفينة عملا لها كبيع السفينة وتجهيزها ، وعلاقة الريان بصاحب السفينة وبالملاحين ، وعقد العمل البحرى ، ومسئولية مالك السفينة ، وعقد النقل البحرى وما يتصل به من مسؤولية النقل ، والتأمين على السفن والبضائع ، إلى غير ذلك من المسائل التى تتصل بالملاحة البحرية .

وعلى الرغم من أن المسائل الأساسية التى يتكفل القانون البحرى بتنظيمها تعتبر من قبيل الأعمال التجارية ، فثمة اعتبارات دعت إلى استقلاله عن القانون التجارى . حيث روى أن السفينة كبيرة القيمة وأنها تتعرض لأخطار خاصة ، كما أنها تكون فى

أغلب الأحيان بعيدة عن رقابة صاحبها . فضلا عن ذلك فإن القانون البحري يعنى بملاحة الصيد وملاحة الزمة ، وكلتاهما لا تعتبر عملا تجاريا .

وقد وضع أول تقنين بحرى مصرى فى سنة ١٨٧٥ لى تطبيقه المحاكم المختلطة ، كما وضع تقنين آخر على غرارها فى سنة ١٨٨٣ لى تطبيقه المحاكم الوطنية . ولما ألغيت المحاكم المختلطة ظل التقنين الوطنى مطبقا حتى اليوم . وهناك قوانين خاصة صدرت لى جانب هذا التقنين ، كالقانون الخاص بتسجيل السفن التجارية ؛ والقانون الخاص بالامتيازات والرهون البحرية ، والقانون الخاص بمقد العمل البحرى .

ويقابل القانون البحرى فرع حديث النشأة ، هو القانون الجوى ، وهو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية . فهو يتناول موضوعات تقابل تلك التى ينظمها القانون البحرى .

٤٢ - قانون العمل :

قانون العمل Droit du travail هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات بين العمال وأرباب الأعمال .

وهو فرع حديث النشأة نسبيا . فقد كانت العلاقة بين العامل ورب العمل تخضع للقاعدة العامة فى القانون المدنى ، حيث يؤخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فتجرى شروط عقد العمل بينهما وفقا لما تم الاتفاق عليه بصرف النظر عما تحمله من جور وما تنطوى عليه من استغلال ؛ ولما قامت النهضة الصناعية الحديثة وظهر الانتاج الكبير ترتب على ذلك أن وجدت قوى جديدة تتمثل فى أرباب الأعمال والشركات الكبيرة استطاعت بما توفر لها من قوة اقتصادية أن تفرض شروطها الجائرة على العمال ، ولم يكن فى وسع هؤلاء أن يناقشوا هذه الشروط ، بل كان لا بد لهم من قبولها تحت ضغط الحاجة كي يحصلوا على قوت يومهم . وكان طبيعيا أن يؤدى هذا إلى زيادة اختلال التوازن فى عقد العمل ، فظهر رد الفعل من جانب العمال الذين تكونت منهم طبقة اجتماعية جديدة لها وزنها وقوتها ، وظهرت معها الأفكار الاشتراكية الجديدة تنادى بتدخل الدولة لحماية

الطرف الضعيف في العقد ، حتى لا تظل حرية التعاقد أداة في يد الأقوياء للتحكم في الضعفاء واستغلالهم .

وعلى أثر ذلك نشطت حركة التشريع في أغلب البلاد لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الأعمال على نحو يكفل الحماية للطبقة العاملة . وأدى هذا إلى أن أصبح قانون العمل فرعا مستقلا من فروع القانون الخاص .

ولم تنشط حركة التشريع في هذا الشأن في مصر إلا قبيل الحرب العالمية الثانية حينما بدأت الصناعة تنتشر وأخذ يزداد عدد العمال تبعاً لذلك . فصدرت قوانين خاصة تنظم عقد العمل الفردي ، وساعات العمل ، وإصابات العمل . كما صدرت قوانين تنظم علاقات العمل الجماعية ، فنظمت نقابات العمال ، وعقد العمل المشترك ، والتوفيق والتهكيم في منازعات العمل . ثم استبدل الشارع بهذه القوانين جميعاً قانوناً موحداً نظم به جميع علاقات العمل سواء كانت فردية أو جماعية ، هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، كأصلر قانوناً للتأمينات الإجتماعية هو القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ ، حيث بدأ تطبيق هذا القانون بالنسبة إلى العمال ، ثم أخذ يمتد تطبيقه بعد ذلك إلى طوائف أخرى .

٤٣ - القانون الزراعي :

القانون الزراعي هو مجموعة القواعد التي تنظم الملكية الزراعية ، والاستغلال الزراعي ، وهو فرع حديث النشأة . فقد صدرت تشريعات زراعية في كثير من الدول الغربية جمعت أحكامها في مدونات ، بحيث أصبح لها من الاستقلال ما جعل منها فرعاً قائماً بذاته .

لما في مصر فلم تنشط حركة التشريع في هذا الشأن إلا على أثر قيام ثورة ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ . حيث اتجه الشارع منذ بداية الثورة ، وفي ضوء النظام الاشتراكي الجديد ، إلى الحد من الملكية الزراعية وتنظيم العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها وتدعيم التعاون الزراعي : وذلك بغية توسيع نطاق الملكية الزراعية باتاحة الحق فيها لأكبر عدد من الفلاحين (١) ، ورفع مستوى المعيشة لصغار الفلاحين ، وما يتبع ذلك

(١) انظر الباب السابع من الميثاق الوطني .

مع قليل القوارق بين الطبقات : فصدر قانون الإصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ ، ثم صدرت من بعده قوانين عديدة فى السنوات التالية تعدل من أحكامه وتضيف إليها . فبذلك أصبح لدينا مع التشريعات الزراعية ما يحلر جمه فى ملوثة مسئلة تكون فرعا هاما بذاته :

وعلى هذا النحو فإن القانون الزراعى فى مصر ينظم الملكية الزراعية ، حيث يفرض حدا أقصى لما يجوز للشخص أن يملكه من الأراضى الزراعية . وينظم استغلال الأراضى الزراعية ، ويفرض حدا أقصى لما يجوز للشخص أن ينتفع به من الأراضى المملوكة لغيره ، كما يعنى بتنظيم العلاقة بين مستأجر الأرض الزراعية ومالكها . وينظم التعاون الزراعى .

٤٤ - قانونه المرافعات المدنية والتجارية :

قانون المرافعات المدنية والتجارية Le droit de procédure civile et commerciale هو مجموعة القواعد التى تنظم السلطة القضائية ، وتبين الإجراءات الواجب اتباعها لتطبيق الأحكام الموضوعية فى القانون المدنى والقانون التجارى :

فالقانون المدنى والقانون التجارى يبينان حقوق الأشخاص وواجباتهم . أما قانون المرافعات المدنية والتجارية فينظم الإجراءات التى تتخذ لحماية هذه الحقوق إذا اعتدى عليها ، أو لاقضاءها إذا حصل تقصير فى أدائها أو نوزع فى وجودها . ومن ثم فكل من القانون المدنى والقانون التجارى قانون موضوعى ، بينما قانون المرافعات قانون إجرائى .

حيث يتكفل قانون المرافعات بتأخيرتين :

الأولى هى تنظيم السلطة القضائية . ويتضمن هذا التنظيم فريقين من القواعد : قواعد النظام القضائى ، وهى التى تبين أنواع المحاكم وتشكيلها وشروط تنصيب القضاة وحقوقهم وواجباتهم . وقواعد الاختصاص ، وهى التى تتعلق بتوزيع ولاية القضاء على المحاكم طبقا لمختلفة .

والثانية هى بيان الإجراءات التى تتبع لحماية الحقوق واقتضاها . ويتضمن هذا البيان قواعد الاجراءات ، وهى التى تتعلق بالإجراءات والأوضاع الواجبة الاتباع فى رفع الدعاوى والفصل فيها وتنفيذ الأحكام الصادرة فى شأنها . ويدخل فى هذا النطاق ما يتصل بهذه الإجراءات والأوضاع من قواعد موضوعية :

وقد أدى الجمع بين هاتين الناحيتين في نطاق قانون المرافعات إلى اختلاف الرأي في الفقه حول ما إذا كان هذا القانون يعتبر فرعاً من القانون الخاص أم يعتبر فرعاً من القانون العام . فذهب رأى إلى الاعتبار الأول على أساس أن قانون المرافعات ينظم أعمال القواعد الموضوعية التي تبين حقوق الأفراد وواجباتهم . وذهب رأى آخر إلى الاعتبار الثاني استناداً إلى أن قانون المرافعات ينظم سلطة عامة هي السلطة القضائية وبين طريقة قيامها بوظيفتها . لكننا نرجح الرأي الذي يعتبر قانون المرافعات قانوناً مختلطاً ، حيث تعتبر القواعد التي تنظم السلطة القضائية من القانون العام ، وتعتبر قواعد الاجراءات من القانون الخاص :

ويعتبر قانون المرافعات المدنية والتجارية الشريعة العامة فيما يتعلق بالاجراءات التي تتبع أمام المحاكم . فحيث لا توجد قاعدة خاصة تتعلق بالاجراءات التي تتبع في خصوص مسألة معينة أمام المحاكم الجنائية أو الإدارية ، فإن قواعد الاجراءات في قانون المرافعات هي التي تطبق :

وقد وضع أول تقنين مصري للمرافعات المدنية والتجارية في سنة ١٨٧٥ لكي تطبقه المحاكم المختلطة ، كما وضع تقنين آخر على غرارها في سنة ١٨٨٣ لكي تطبقه المحاكم الوطنية . ثم وجد التقنين المصري عند إلغاء المحاكم المختلطة بعد تنقيحه تنقيحاً شاملاً ، فصدر في ٢٩ يونيه سنة ١٩٤٩ وبدأ العمل به من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ :

ويوجد إلى جانب هذا التقنين قوانين خاصة أهمها القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ في شأن السلطة القضائية ، والقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض . والمحاكم المدنية أحد فرعى جهة القضاء العادى . وتشمل المحاكم الجزئية ، والمحاكم الابتدائية ، ومحاكم الاستئناف . وعلى رأسها جميعاً محكمة النقض .

٤ - النظام القضائى :

رأينا بهذه المناسبة أن نعرض للنظام القضائى جملة من حيث جهاته وأنواعه وطبقات المحاكم التي تدخل في كل جهة . فهناك جهتان للقضاء في مصر :

الأولى جهة القضاء العادى ، وهى الجهة صاحبة الولاية العامة ، ويشمل اختصاصها المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية والمواد الجنائية . وتنقسم هذه الجهة إلى فرعين :

الأول يشمل المحاكم المدنية ، وهى على ثلاثة أنواع كل منها طبقة . فأدناها المحاكم الجزئية ، ثم المحاكم الابتدائية ، ثم محاكم الاستئناف .

والثانى يشمل المحاكم الجنائية أو الجزائية ، وهى على ثلاثة أنواع كل منها طبقة . فأدناها محاكم المخالفات والجنح ، ثم محاكم الجناح المستأنفة ، ثم محاكم الجنايات .

وعلى رأس هذه المحاكم جميعها ، سواء كانت مدنية أو جنائية ، توجد محكمة النقض .

والثانية جهة القضاء الإدارى فى مجلس الدولة ، ويشمل اختصاصها المواد الإدارية . وتشمل ثلاثة أنواع من المحاكم الإدارية كل منها طبقة . فأدناها المحاكم الإدارية ، ثم محكمة القضاء الإدارى ، ثم المحكمة الإدارية العليا .

وهناك محكمة تنازع الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والقضاء الإدارى .

٦٦ - القانون الدولى الخاص :

القانون الدولى الخاص Le droit international privé هو مجموعة القواعد التى تعنى بصفة أساسية ببيان المحكمة المختصة وتحديد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بالعلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبى .

ويراد بالعلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبى تلك التى تدخل فى نطاق القانون الخاص ويكون أحد عناصرها متصلا بدولة أجنبية . وعناصر العلاقة ثلاثة ، هى أشخاصها وموضوعها والواقعة المنشئة لها . فمثلا إذا كان أحد طرفى العلاقة أو كلاهما أجنبيا ، أو كان موضوعها عقارا موجودا فى بلد أجنبى ، أو كان مصدرها تصرفا أبرم فى الخارج ، كانت العلاقة ذات عنصر أجنبى .

فلذا تزوج وطنى من أجنبية ، وقام بينهما نزاع فى شأن الزواج ، فهل تكون المحكمة المختصة هى المحاكم الوطنية أم المحاكم الأجنبية ؟ وإذا ثبت الاختصاص للمحاكم

الوطنية ، فهل يطبق القانون الوطنى باعتباره قانون جنسية الزوج أم يطبق القانون الأجنبى باعتباره قانون جنسية الزوجة ؟

وإذا باع المانى إلى مصرى عقارا موجودا فى إيطاليا بمقتضى عقد أبرم فى فرنسا ، وقام نزاع فى شأن هذا البيع ، فهل تختص بنظر النزاع المحاكم الألمانية أم المصرية أم الإيطالية أم الفرنسية ؟ وإذا ثبت الاختصاص لإحداها ، فهل يطبق القانون الألمانى باعتباره قانون جنسية البائع أم القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المشتري أم القانون الإيطالى باعتباره قانون موقع العقار أم القانون الفرنسى باعتباره قانون الدولة التى أبرم فيها العقد ؟

فى مثل هذه الأحوال يتكفل القانون الدولى الخاص بالإجابة على مسألتين : الأولى هى تعيين المحكمة المختصة . حيث يعنى هذا القانون بحل النزاع على الاختصاص القضائى . ولذلك تسمى القواعد المتعلقة بهذه المسألة بقواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى . وهى تقتصر على بيان ما إذا كانت المحاكم الوطنية هى المحاكم المختصة أم لا . بحيث أنه فى حالة ما إذا كانت هذه المحاكم غير مختصة ، فإن تلك القواعد لا تتكفل ببيان المحاكم الأجنبية المختصة .

والثانية هى بيان القانون الواجب التطبيق : حيث يعنى القانون الدولى الخاص بحل النزاع على الاختصاص التشريعى . ولذلك تسمى القواعد المتعلقة بهذه المسألة بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان ، أو قواعد تنازع الاختصاص التشريعى ، أو قواعد الأسناد . وقد لوحظ فى هذه التسمية أن تلك القواعد لا تتضمن الحل الموضوعى الذى يطبق على النزاع للفصل فيه ، وإنما تقتصر فحسب على الأسناد فى شأن بيان هذا الحل إلى قانون معين ، وهذا القانون هو الذى يقدم الحل الذى يفصل فى النزاع بمقتضاه . فمثلا إذا أشارت هذه القواعد بأن القانون الفرنسى هو الذى يطبق على النزاع فإن دورها ينتهى عند هذا الحد ، ثم تتبين بعد ذلك القاعدة الموضوعية الواردة فى القانون الفرنسى فى شأن هذا النزاع للفصل فيه :

ومن أمثلة قواعد الأسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ مدنى من أنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . وما تنص

عليه المادة ١٧/١ مدني من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف قبل موته » . وما تنص عليه المادة ١٨ مدني من أنه « يسرى على الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى ، قانون الموقع فيما يخص بالعقار » . وما تنص عليه المادة ٢٠ مدني من أن « العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه » .

وإذا كان القانون الدولي الخاص يتناول أساسا موضوعي تنازع الاختصاص القضائي ، وتنازع القوانين ، فإن كثيرا من الفقهاء يدخلون في نطاقه موضوعات أخرى ثلاثة باعتبارها مسائل أولية قد تساهم في تعيين الاختصاص القضائي أو التشريعي : الأول هو الجنسية ، وهي علاقة تبعية الفرد للدولة . والثاني هو الوطن ، وهو علاقة الفرد بالدولة نتيجة إقامته فيها . والثالث هو مركز الأجانب ، وهو ما يمكن أن يتمتع به الأجانب من حقوق أو يتحملوه من تكاليف في الدولة التي يوجدون على أرضها . وهذا هو الاتجاه المأخوذ به في مصر .

وهناك خلاف في الفقه حول ما إذا كان القانون الدولي الخاص فرعاً من القانون الخاص أم فرعاً من القانون العام . ولكننا نرجح النظر الذي يذهب إلى أنه قانون مختلط . فقواعد تنازع الاختصاص وتنازع القوانين تدخل في نطاق القانون الخاص . أما الجنسية والوطن ومركز الأجانب ، فهذه كلها أمور تتصل بحق السيادة في الدولة ، ومن ثم فإنها تدخل في نطاق القانون العام .

ويلاحظ أن القانون الدولي الخاص ، رغم تسميته بالقانون الدولي ، هو في الواقع من الأمر قانون وطني . فلكل دولة في هذا الخصوص قواعد تطبيقها محاكمها كما تطبق أي قانون داخلي ، وقد تختلف هذه القواعد في بعض نواحيها عن القواعد المطبقة في الدول الأخرى .

ومصادر القانون الدولي الخاص هي القواعد التشريعية الوطنية ، والمعاهدات الدولية ، والعرف ، والمبادئ السائدة في الفقه وفي كثير من الدول .

وفيما يتعلق بالقواعد التشريعية المصرية نجد بعضها في التقنين المدني خاصة بتنازع القوانين ، وبعضها في تقنين المرافعات خاصة بتنازع الاختصاص ، كما أن هناك قانوناً للجنسية ، وقوانين أخرى تنظم الوطن ومركز الأجانب .

الفصل الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المكملة

٤٧ - تنوع القواعد القانونية بحسب سلطانها لإرادة الأفراد .

يوجب القانون نشاط الأفراد على نحو تتحقق به مصالحهم وتراعى فيه في ذات الوقت مقتضيات الصالح العام للمجتمع . وفي ضوء هذا الاعتبار فإن القانون لا يمنح الأفراد حرية مطلقة في مزاولته نشاطهم ، ولا يسلبهم حريتهم تماما ، وإنما يقيد هذه الحرية بالقدر الذي يقتضيه الصالح العام :

ففي نطاق معين من نظام المجتمع يفرض القانون سلطانه ، فلا يترك مجالا لحرية الأفراد ، بحيث يحرم عليهم أى نشاط يتعارض مع ما يأمر به . وفي نطاق آخر يترك القانون مجالا لحرية الأفراد ، فيكون لهم أن يوجهوا نشاطهم على النحو الذي يروق لهم .

وعلى هذا الأساس تنقسم القواعد القانونية إلى قواعد أمرة وقواعد مكملة . ففي المجال الذي يتقدم فيه سلطان إرادة الأفراد تكون القاعدة أمرة ، وفي المجال الذي تكون هذه الإرادة فيه حرة في تنظيم العلاقات القانونية تكون القاعدة مكملة :

٤٨ - القواعد الآمرة :

القاعدة الآمرة *la règle imperative* هي التي لا يجوز مخالفة حكمها . إذ أنها تتناول أمورا تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، بحيث يحرم الشارع على عديم المساس بها مخالفة على النظام العام الذي يقوم عليه المجتمع ، ومن ثم لا يباح للأفراد أن يشغلوا سلوكا يتعارض مع الحكم الذي تقرره .

فالقاعدة التي تحرم القتل أو السرقة قاعدة أمرة لا يجوز الخروج عليها أو الالتفاف

على ما يناقشها . إذ أن ضرر الجريمة لا يقتصر على المجنى عليه وأفراد أسرته ، بل يمتد إلى المجتمع بأسره لما تؤدي إليه الجريمة من إخلال بالأمن وزوال الطمأنينة من القوم . والقاعدة التي تفرض الخلع العسكرية قاعدة أمرة لأن هذه الخلع تكليف ضرورى للدفاع عن كيان الوطن وحفظ الأمن فيه .

والقاعدة التي تفرض حلا أقصى لسعر الفائلة قاعدة أمرة ، لأنها تحمى الضعيف وتحارب الاستغلال غير المشروع .

ويلاحظ أن تسمية هذه القواعد بأنها أمرة هي مجرد اصطلاح أريد به المعنى الذى ذكرناه ، وهو أن مخالفتها لا تجوز . إذ الواقع أن كل القواعد القانونية ، سواء سميت أمرة أو مكرمة ، إنما تتضمن الأمر بسلوك معين . وهذا الأمر قد يقع فى صورة أمر أو نهى أو إباحة . ولذلك فإن ما ذهب إليه بعض الفقهاء من تسمية القواعد الأمرة بأنها قواعد أمرة أو ناهية ليس من شأنه أن يضيف شيئا فى الدلالة على المعنى الاصطلاحى المذكور .

٤٩ - القواعد المكينة :

القاعدة المسكلة *La règle supplétive* هي التي يجوز إيراد تصرف بما يخالف حكمها . فهي تكون ملزمة للأفراد إذا لم تتجه إرادتهم حين التصرف إلى ما يخالف الحكم الذى تقرره . إذ أنها تعالج مسائل لا تتصل بكيان المجتمع ولا مقوماته الأساسية ، فلا يقتضى النظام العام للمجتمع أن يكون تنظيم هذه المسائل على نحو معين دون غيره ، ومن ثم يباح للأفراد أن ينظموها على النحو الذى يرتضونه .

وإذا كان لإرادة الأفراد هنا السلطان فيما يتعلق بتنظيم تلك المسائل فمما احتبارات دعت مع ذلك إلى أن يعنى القانون بتنظيمها . ذلك أنه كثيرا ما يحصل أن يفرض الطرفان فى العقد على المسائل الجوهرية ويتركان ماعدا ذلك من تفصيلات : كأن يفرض المصاقدان فى عقد البيع على الشيء المبيع ومقدار الثمن والمسائل الأخرى التي كانت ذات أهمية فى نظرهما عند إيراد العقد ، وليكنهما يفتلان ماعدا ذلك من تفصيلات ، كتحديد ميعاد

تسليم المبيع ومكانه أو ميعاد دفع الثمن ومكانه أو بيان من يتحمل منهما مصاريف العقد إلى غير ذلك من أمور لم تكن محل اعتبارهما عند التعاقد . ففي مثل هذه الحالة تظهر الحاجة إلى وضع قواعد قانونية تسرى في شأن هذه الأمور ، وهي القواعد المكملة .

ويتضح من هذا أن الشارع فيها يورده من قواعد في هذا الشأن إنما يهدف إلى وضع نموذج للتعاقد ينطبق إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تنظيم يخالفه . حيث يتعلق الأمر بمسائل تخضع لسلطان إرادة الأفراد ، فإن اتفق المتعاقدان على تنظيم معين في هذا النطاق سرى بينهما ما يقضي به الاتفاق ، وإذا خلا اتفاقهما من تنظيم لمسألة أو أكثر من هذه المسائل انطبقت القواعد التي أوردها الشارع في هذا الشأن ، فهي من هذه قواعد تكمّل إرادة المتعاقدين .

ولهذا أثرنا أن نقف عند تسمية هذه القواعد بالقواعد المكملة ، ولم نر الأخذ بما ذهب إليه فريق من الفقهاء من تسميتها بالقواعد المفسرة على أساس أنها تفسر العقد عند غوضه : إذ أن القواعد المكملة لا تنطبق إلا حيث لا تكون هناك إرادة قد انجذبت إلى تنظيم يخالف حكمها ، فإذا كانت هناك إرادة ولكنها غامضة فإن تفسيرها يكون أمراً مستقلاً عن هذه القواعد . كذلك لم نر الأخذ بما ذهب إليه فريق من هؤلاء من تسميتها بالقواعد المقررة على أساس أنها تمثل الإرادة المفترضة للمتعاقدين عند سكوتهما عن الأخذ بتنظيم يخالف حكمها . إذ أن القواعد المكملة تمثل إرادة الشارع لإرادة الأفراد . وإذا كان الشارع يهتدي في وصفها بالعرف والعادات السائدة في التعامل فإن هذا لا يعني افتراض إرادة غير موجودة ، حيث تنطبق هذه القواعد في حالة سكوت المتعاقدين ولو كانا يجهلانهما .

ومن أمثلة القواعد المكملة ما تنص عليه المادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ مدني من أن الثمن يكون مستحق الوفاء في المكان والوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك . حيث يكون للطرفين في عقد البيع أن يتفقا على المكان والوقت اللذين يلبغ فيهما الثمن ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق ولم يكن هناك عرف في هذا الشأن انطبقت القاعدة الواردة في هذين النصين باعتبارها قاعدة مكملة . ومن الأمثلة كذلك ما تنص عليه المادة ١/٥٦٧ مدني من أن على الموثر أن يقوم

في العين المؤجرة أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية ، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك . فيكون للطرفين في عقد الإيجار أن يتفقا على تحميل المستأجر القيام بهذه الترميمات ، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق التزم المؤجر بتلك الترميمات وفقا للقاعدة الواردة في النص باعتبارها قاعدة مكملة .

ويلاحظ أن جواز الاتفاق على ما يخالف حكم القاعدة المكملة لا يقدح فيها لما من صفة الإلزام الواجب توافرها لكل قاعدة قانونية .

وقد ذهب بعض الفقهاء في سبيل التذليل على ذلك إلى أن القاعدة المكملة تكون اختيارية ابتداء ولكنها تصبح ملزمة انتهاء ، بمعنى أنها تكون غير ملزمة قبل اتفاق الطرفين ، ثم تصبح ملزمة في حالة ما إذا تم الاتفاق دون أن يرد فيه ما يخالف حكمها . وهذا القول لا يمكن التسليم به . فالقاعدة لا تكون قانونية إلا من الوقت الذي يتوفر لها فيه عنصر الإلزام . وليس من المعقول أن تكون القاعدة غير ملزمة قبل الاتفاق فلا تكون حينئذ قاعدة قانونية ، ثم تصبح ملزمة بعد تمامه فتصير في هذا الوقت قاعدة قانونية ، مع أنها في ذاتها لم تتغير . فالصحيح أن القاعدة القانونية يتوفر لها صفة الإلزام من وقت وضعها ، وهذا هو شأن القاعدة المكملة والقاعدة الآمرة على حد سواء .

وحقيقة الأمر أن أية قاعدة قانونية لا تنطبق إلا إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون لذلك . ويشترط لانطباق القاعدة المكملة ألا يوجد اتفاق على خلاف الحكم الذي تقرره : فلمع وجود مثل هذا الاتفاق هو شرط انطباق تلك القاعدة : فإذا وجد هذا الاتفاق لا تنطبق القاعدة المكملة ، لالكونها غير ملزمة ، ولكن لأن شرط سريانها لم يتوفر .

٥٠ - معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المعهودة :

رأينا أن القاعدة الآمرة تناول أمورا تتصل بكيان المجتمع ومقوماته الأساسية ، بحيث يرى الشارع من ورائها إلى المحافظة على النظام العام الذي يقوم عليه المجتمع . أما القاعدة المكملة فتتظلم مسائل خاصة لاتعنى المجتمع في مجموعه ، بل تتعلق بمصالح خاصة لأطراف العلاقة القانونية .

ومن ثم يكون معيار التفرقة بين هذين النوعين من القواعد هو موقف القاعدة من النظام العام والآداب في المجتمع . فحيث يراد المحافظة على النظام العام للمجتمع أو حماية الآداب فيه تكون القاعدة أمرة وحيث لا يكون الغرض المقصود هو المحافظة على النظام العام أو حماية الآداب ، وإنما يتعلق الأمر بتنظيم مصالح خاصة للأفراد ، تكون القاعدة مكملة .

وقد نص القانون على هذا المعيار صراحة في المادتين ١٣٥ و ١٣٦ مدني ، حيث تقضيان بأنه إذا كان عمل الالتزام أو منيه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا .

وهناك حالات تنضج فيها تلك التفرقة من عبارة القاعدة ذاتها ، وذلك حين تدل هذه العبارة صراحة أو ضمنا على نوع القاعدة . غير أن كثيرا من القواعد القانونية لاتنضج عبارته عن نوع القاعدة ، وفي هذه الحالة يتعين الوقوف على مدى صلة القاعدة بالنظام العام أو الآداب لمعرفة ما إذا كانت أمرة أو مكملة .

فهذان طريقان للتعرف على نوع القاعدة القانونية . ولذلك نتبين فيما يلي كيفية هذا التعرف من عبارة القاعدة ذاتها ، ثم نوضح فكرة النظام العام والآداب ونذكر تطبيقاتها .

٥١ - دلالة العبارة على نوع القاعدة :

تكون العبارة دالة على نوع القاعدة إذا انضج منها صراحة أو ضمنا ما إذا كانت القاعدة أمرة أو مكملة .

كأن تنص القاعدة على علم جواز أمر معين أو بطلانه : أو تنص على علم جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها أو على بطلان هذا الاتفاق . إذ يدل كل هذا على أن القاعدة أمرة .

وكان تنص القاعدة على جواز الاتفاق على ما يخالف حكمها . إذ يدل هذا على أن القاعدة مكملة .

ومن أمثلة القواعد التي تدل صلتها على أنها قواعد أمرة ما يأتي :

١ - فن هذه القواعد ماتنص عليه المادة ٤٧١ مدنى من أنه « لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتابة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان العقد باطلا » .

٢ - وما تنص عليه المادة ١٣١/٢ مدنى من أن « العامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان يرضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » .

٣ - وما تنص عليه المادة ١٤٧/٢ مدنى من أنه فى حالة الظروف الطارئة يجوز للقاضي « أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

٤ - وما تنص عليه المادة ١/٢٢٧ مدنى من جواز اتفاق المتعاقدين على سعر للقوائد بشرط ألا يزيد هذا السعر على سبعة فى المائة ، « فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة فى المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر » .
ومن أمثلة القواعد التى تدل عبارتها على أنها قواعد مكللة ما يأتى :

١ - فن هذه القواعد ماتنص عليه المادة ٣٤٨ مدنى من أنه « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

٢ - وما تنص عليه المادة ١/٤٠٠ مدنى من أنه « فى غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانونى يزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا يجوز البينة فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

٣ - وما تنص عليه المادة ٤٦٢ مدنى من أن « نفقات عقد البيع ورسوم الدفعة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » .

٤ - وما تنص عليه المادة ٥٦٧ مدنى من أن على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة ، ويقوم بجميع الترميمات الضرورية ، ويتحمل الضرائب والتكاليف المستحقة على العين . حيث تقول فى نهايتها : « كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره » .

٥٢ - النظام العام والآداب :

النظام العام والآداب فكرة تستعصى بطبيعتها على التحديد . ويمكن أن يقال في شيء من التعميم والتقريب إن النظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع ، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية : فقواعد النظام العام هي تلك التي يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية . ويراد بالمصلحة العامة كل أمر يتعلق بالنظام الأساسي للمجتمع بحيث يرجع على كل مصلحة فردية . ومن ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام ، حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة ، فإذا هم خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلا .

والآداب هي مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة وعصر معين . فهي بهذه المثابة تعتبر الشق الخلقى من قواعد النظام العام . وليس يقصد بالآداب كل قواعد الأخلاق ، وإنما يقصد بها قدرا من هذه القواعد يمثل الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة . فهي عبارة عن الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة للمحافظة على المجتمع من الانحلال ، بحيث يفرض على الجميع احترامها وعدم المساس بها .

وهذه الفكرة بشقيها فكرة نسبية متطورة ، إذ تختلف باختلاف الفكرة السائدة في كل بيئة وفي كل عصر . فكثير من ضروب التعامل التي كانت تعتبر صحيحة في الماضي بل وإلى عهد قريب ، أصبحت اليوم مخالفة للنظام العام في ظل التنظيمات الحديثة التي تخلخل فيها الشارع بخصوص امرأة لا يجوز عافتها . والرق الذي كان مباحا من قبل أصبح اليوم مخالفا للنظام العام . والتأمين على الحياة الذي كان مستهجنا لمخالفته للآداب أصبح اليوم مقبولا . وكذلك الحال بالنسبة إلى الوساطة في الزواج .

وبناء على ذلك فإن فكرة النظام العام تضيق وتتسع تبعا للأفكار السائدة في المجتمع . فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية التي تسرف في الاعتداد بحرية الفرد وتغفل المصالح العام للمجموع ، بينما تتسع في ظل المبادئ الاشتراكية التي تضع

مصلحة المجموع في المقام الأول وتضحى في سبيلها بالمصلحة الفردية. ولهذا فيحيث يسود المذهب الفردى يعظم سلطان إرادة الأفراد ، فتكون القواعد الآمرة التى تقيد من هذا السلطان قليلة : أما حيث يسود المذهب الاشتراكى فيضعف سلطان الإرادة ، إذ تكثر القواعد الآمرة التى تحد من هذا السلطان نتيجة لتدخل الدولة .

وإذ كانت فكرة النظام العام والآداب على هذا النحو من المرونة والتطور ، فإنها تعتبر المنفذ الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية إلى النظام القانونى ، كى تلتأم بينه وبين التطور الذى يتعرض له المجتمع فى وقت معين . وفى غير الحالات التى يتدخل فيها الشارع بمقتضى نصوص يأخذ فيها بمقتضيات هذا التطور ، تقع على عاتق القاضى مهمة تحقيق هذه الملاءمة . فالقاضى يكاد يكون شارعا فى هذا النطاق ، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة ويقيم بالنظم والآداب السائدة فى المجتمع : فلا يعول على آرائه ومعتقداته الخاصة ، وإنما يراعى ما تدين به الجماعة . ومن ثم كان الفصل فيها إذا كانت قاعدة معينة تتعلق بالنظام العام أو الآداب مسألة قانونية يفرض فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة التقص .

٥٣ - تطبيقات النظام العام فى نظام القانون العام :

ينظر فى تنظيم الروابط التى يعنى بها القانون العام إلى المصلحة العامة دائما . ولهذا يقع باطلا كل اتفاق بين الأفراد يتعارض مع قاعدة من قواعد هذا القانون .

فى القانون الدستورى يعتبر من النظام العام كل ما يحصل بالحقوق التى نظمها هذا القانون والحريات العامة التى كفلهما ، كحق الترشيح والانتخاب ، والحرية الشخصية ، وحرية الإقامة ، وحرية الزواج ، وحرية العقيدة ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة . فثلا لا يجوز لناخب أن يفتى مع مرشح على إعطائه صوته ، إذ أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا لخالفته للنظام العام . ولا يجوز لأحد أن ينزل عن حريته الشخصية (م ٤٩ مدنى) . وإذا تعهد شخص بالآيتزوج مطلقا كان هذا التعهد باطلا ، إلا إذا وجد سبب مشروع يببره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تزوج بعد موته

كى تعنى بترية أولادها ، وإذا نقضت الزوجة هذا العهد فلا يكون الجزاء هو بطلان الزواج ، بل يكون التصويض ، ولغالب أن يكون الجزاء حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التى أعطيت له على أساس العهد . ومن الصور العملية الكثيرة الوقوع الاتفاقات التى تقيد من حرية التجارة والعمل فى عقود بيع المتاجر وعقود العمل . ففى عقد بيع المتجر قد يشترط المشتري على البائع أن يمتنع عن مباشرة التجارة التى يتناولها العقد ، وفى عقد العمل قد يشترط صاحب العمل على من يستأجره ألا يلتحق بعمل مماثل بعد انتهاء العقد كى يأسن على أسرار صناعته من أن يستغلها المستخدم فى منافسته . وقد كان القضاء يبطل هذا الشرط لخالفته للنظام العام إذا كان مطلقا غير محدود بزمان أو مكان ، ويعتبره صحيحا إذا جاء مقيدا بزمان معين أو بمكان معين ، ولكنه الآن يجعل إلى اتخاذ معيار آخر قوامه أن يكون الشرط معقولا لانهسف فيه بصرف النظر عما إذا كان مقيدا بزمان ومكان أو لم يكن مقيدا بشئ من ذلك . فتكون العبرة بسكون الشرط لازما لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة ، إذ أنه حينئذ يكون صحيحا حتى لو جاء مطلقا من كل قيد فى الزمان وفى المكان (راجع فيما يتعلق بهذا الشرط فى عقد العمل المادتين ٦٨٦ و ٦٨٧ مدنى) .

وفى القانون الإدارى يعتبر من النظام كل ما يتصل بالوظيفة وتنظيم المرافق العامة وغير ذلك من المسائل التى ينظمها هذا القانون . فثلا لا يجوز للموظف أن ينزل عن وظيفته لشخص آخر . وإذا اتفق شخص مع وسيط على مبلغ من المال يتقاضاه هذا الأخير فى مقابل سعيه لحصول الأول على وظيفة أو امتياز لمرق عام أو مقولة يقوم بها لحساب الحكومة ، فإن هذا الاتفاق يقع باطلا لخالفته للنظام العام .

وفى القانون المالى تعتبر القوانين التى تفرض الضرائب أو تنظم النقد أو تحدد سعر العملة من النظام العام . فكل اتفاق خاص ينطوى على مساس بالقواعد التى تقرها هذه القوانين يقع باطلا . فثلا إذا اتفق البائع والمشتري فى عقد بيع عقار على ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقى للهربوب من دفع رسوم التسجيل كاملة كانت العبرة بالثمن الحقيقى وليس بالثمن الصورى المذكور فى العقد . وإذا اتفق على أن يتحمل الضريبة شخص لا يلزم بها قانونا فإن هذا الاتفاق لا يبنى الشخص المألزم قانونا بدفع هذه الضريبة . فإذا

كان من الجائز أن ينفق المودع مع المستأجر على أن يتولى هذا الأخير دفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة فإن المودع يبقى مع ذلك ملزما بأداء هذه الضريبة إذا لم يتم المستأجر بدفعها . وإذا فرض القانون سحرا إلزاميا للعملة الورقية وقع شرط الدفع بالذهب باطلا .

وفي القانون الجنائي يكون باطلا كل اتفاق ينطوي على مخالفة لقواعد هذا القانون ، لأن هذه القواعد تتعلق بالنظام العام . فإذا اتفق شخص مع آخر على ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من المال وقع هذا الاتفاق باطلا . وإذا تعهد شخص لآخر بأن يتحمل عنه العقوبة التي يحكم بها عليه كان هذا التعهد باطلا . ولا يجوز الاتفاق على خلق جريمة لا ينص عليها القانون ، كما إذا اتفق الدائن مع المدين في عقد القرض على اعتبار عدم الوفاء بالدائن تبديدا ، لأن عقد القرض لا يدخل في عداد العقود التي تتحقق فيها هذه الجريمة .

٥٤ - تطبيقات النظام العام في نطاق القانون الخاص :

تتعلق قواعد القانون الخاص إما بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية . فالأحوال الشخصية تتصل أغلبية قواعد النظام العام لأنه يقصد بها تحقيق مصلحة عامة . ولهذا يقع باطلا كل اتفاق بين الأفراد يعدل من أحكام حالة الشخص المدنية أو أهلية أو علاقته بأفراد أسرته . فلا يصح الاتفاق بين شخص وآخر على تعديل الجنسية أو تغيير الاسم أو المساس بالنسب . ولا يجوز النزول عن الأهلية أو التعديل في أحكامها (م ٤٨٣ مدني) . ولا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق الأب على ولده في التربية ، ولا حقوق الزوج على زوجته في الطاعة والأمانة ، ولا حقوق الزوجة على زوجها في النفقة والرقابة . ولا يحق للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق . والنفقات الواجبة شرعا لا يصح النزول مقدما عن الحق في المطالبة بها ، إنما يصح النزول عن النفقة بعد تجديدها لأن الحق حينئذ يصبح حقا ماليا صرفا . وكل ما يتعلق من الأحوال الشخصية بالنظام العام لا يجوز الصلح فيه (م ٥٥١ مدني) .

والمعاملات المالية أغلبية قواعدها لا تتعلق بالنظام العام ، لأنها قواعد متكاملة لإرادة المتعاقدين ، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها . غير أن هناك طاقة لا يستهان بها من قواعد المعاملات المالية تتعلق بالنظام العام . وهي على وجه الإجمال القواعد التي يراد بها كفالة حق الشخص في التصرف في ملكه واستثاره ، والقواعد التي تحمي الغير حسن النية وتناهض الغش ، والقواعد التي تحقق الحماية للطرف الضعيف في العقد . فلا يجوز تقييد حق المالك في التصرف في ملكه واستثاره على غير وجه . وتطبيقاً لهذا لا يصح شرط المنع من التصرف بالم م يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣ مدني) . كما لا يصح الاتفاق على بقاء الملك في الشيوع إلا لمدة أقصاها خمس سنوات (م ٨٣٤ مدني) . ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف القواعد التي تحمي الغير حسن النية وتناهض الغش ، كما لو اتفق على عدم شهر تصرف يوجب القانون شهره ، أو زل الدائن مقدماً عن الطعن في تصرف مدينه بالدعوى البولصية أو بالصورية ، أو اتفق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ، أو من المسؤولية العقدية في حالي الغش واختطاً الجسيم . ولا يصح الاتفاق على ما يخالف الأحكام التي تكفل حماية الطرف الضعيف في العقد ، كذلك التي وردت في شأن الاستغلال (م ١٢٩ مدني) وعقود الإذعان (م ١٤٩ مدني) والحوادث الطارئة (م ١٤٧ مدني) والشرط الجزائي (م ٢٢٤ مدني) وسعر الفائلة (م ٢٢٧ مدني) .

وفاضلاً عن ذلك فانه يلاحظ ما سبق أن ذكرناه من أن انتشار الفكرة الاشتراكية في الوقت الحاضر جعل الشارع يتدخل على نطاق واسع في تنظيم فريق من العقود بمقتضى قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام ، كما فعل في عقد العمل وعقد الإيجار . ويضاف إلى هذا تحليد ما يستطيع الشخص أن يملكه من الأطنان الزراعية والتسمير الجبري للسلع . وقد ترتب على ذلك أن أصبحت القواعد التي تتعلق بالنظام العام في ازدياد مستمر .

٥٥ - تطبيقات الآداب :

يقع باطلا كل اتفاق يخالف الآداب . ومن هذا القبيل الاتفاق الذى يراد منه حصول الشخص على أجر عن عمل كان يجب عليه أن يقوم به ، كأن يتعهد شخص برد ما سرقه فى مقابل أجر يأخذه ، أو يتعهد شخص بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل أجر . ومن هذا القبيل أيضا الاتفاق الذى يقصد به الخديعة والإخلال بواجب الأمانة فى التعامل ، كأن تتفق شركة التأمين مع المؤمن له على ألا يعترف بمسئوليته . وقد كان القضاء الفرنسى يبطل الاتفاق الذى يتم بين مدير المسرح وجماعة من الهواة يستأجرهم للتصفيق لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يندع الجمهور ، ولكنه أصبح الآن يقضى بصحته لما فيه من تشجيع للفنانين المبتدئين .

ومن التطبيقات الهامة فى هذا الخصوص الاتفاقات التى تتعلق بالعلاقات الجنسية وبيوت البغاء والمقامرة .

فكل اتفاق يراد به إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة يقع باطلا لخالفته للآداب . أما إذا تعهد شخص بمال لامرأة على سبيل التمويه مما أصابها من ضرر بسبب علاقة جنسية كانت بينهما فإن هذا التعهد يكون صحيحا .

ويكون باطلا كل اتفاق يتعلق ببيوت البغاء ، حتى لو حصلت هذه البيوت على ترخيص إدارى . فيبيع بيت البغاء ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، وكل ما يتصل به غير ذلك يقع باطلا .

والاتفاق الخاص بمقامرة أو رهان يكون باطلا ، كبيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يتصل به غير ذلك باستغلاله . وكذلك إقراض المقامر مالا كي يتمكن من المقامرة أو الاستمرار فيها . وقد نص القانون على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، وجعل لمن خسر أن يسترد ماله خلال ثلاث سنوات مع الوقت الذى أدى فيه ما خسره (م ٧٣٩ مدنى) . واستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية ، وفى هذه الحالة يكون للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغ فيه ، كما استثنى أيضا ما يخص به قانونا من أوراق النصب (م ٧٤٠ مدنى) .

الباب الثالث

مصادر القاعدة القانونية

٥٦ - المختصر بمصادر القانون برمه عام :

يساهم في تكوين القاعدة القانونية نوعان من المصادر ، هما المصادر المادية أو الموضوعية ، والمصادر الرسمية أو الشكلية .

فالمصادر المادية أو الموضوعية هي التي تستمد منها مادة القاعدة أو مضمونها . فهي تبين العوامل التي ساهمت في تكوين مادة القاعدة أو مضمونها . وهذه تدخل فيها العوامل الطبيعية والاقتصادية ، كما تدخل العوامل الاجتماعية كالأدب والدين والتقاليد . والمصادر الرسمية أو الشكلية هي الوسائل التي تخرج بها القاعدة القانونية للناس فتصبح ملزمة للمخاطبين بها . وقد أطلق عليها وصف الرسمية لأنها الطرق المعتمدة التي تجعل القاعدة القانونية نافذة فاعليتها بذلك قوة الإلزام . كما أطلق عليها وصف الشكلية لأنها المظهر أو الشكل الخارجي الذي تظهر فيه الإرادة الملزمة للجماعة .

فإذا وضعت قاعدة تشريعية كانت العوامل التي أملت على الشارع حكمها هي مصدرها المادي ، وكان التشريع مصدرها الرسمي .

ويدخل في نطاق المصادر الرسمية ما يقال له المصدر التاريخي . فهو عبارة عن الأصل التاريخي الذي أخذ منه مضمون القاعدة . فمثلا يعتبر القانون الروماني مصدرا تاريخيا لكثير من قواعد التقنين المدني الفرنسي . كما يعتبر القانون الفرنسي والشرعية الإسلامية والقانون الألماني مصادر تاريخية لكثير من قواعد التقنين المدني المصري . كما يدخل في هذا النطاق المصادر التفسيرية . ويراد بالمصدر التفسيري المرجع الذي يساعد على ترجمة ماقى القاعدة من غموض ، وتوضيح مافيا من إبهام . والمصادر التفسيرية

اثنان ، هما الفقه والقضاء . فهما يتضافران على تفسير القواعد القانونية بحيث . توضح أحكامها ، وكثيرا ما يصلان في هذا التفسير إلى جعل القانون متمشيا مع التطورات الجديدة في الحياة الاجتماعية .

٥٧ - تنوع المصادر الرسمية للقانون برغم عام وتفاوتها في الأهمية فيما للتطور :

كان العرف هو أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع البشرى . ويراد به اعتماد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة . فهو الطريق الطبيعي الذي توحى به الفطرة للوصول إلى قواعد تنظم الحياة في المجتمع . ولذلك كان ملائما وكافيا لتلبية حاجات المجتمعات البدائية .

ثم ظهر الدين ، فأصبح مصدرا رسميا لكثير من القواعد القانونية . وكان دوره في المجتمعات القديمة أكبر منه في المجتمعات الحديثة . فكلما تقدم الزمن تضاعف دور الدين كمصدر رسمي ، وأصبح مصدرا ماديا لفريق من القواعد التشريعية يستمد الشارع أحكامها منه :

ولما سارت المجتمعات في طريق التقدم وازداد النشاط فيها وتشعبت الروابط بين أفرادها أصبح العرف قاصرا عن الوفاء بمحاجتها إلى القواعد التي تنظم الحياة فيها . فهو مصدر بطلى ، لا يستجيب لمطالب المجتمعات الحديثة على كثرتها وتجلدها وما يقتضيه تنظيمها من سرعة وإحكام . ولذلك ظهر التشريع كوسيلة لا بد منها لتلبية هذه المطالب . حيث تقوم بوضع قواعده سلطة مختصة ، ويتولى الدولة فرض هذه القواعد بما لديها من قوة وسلطان . فهو أداة تمتاز بالسهولة والسرعة في الوفاء بمحاجات المجتمع وتطوره بقواعد يتوفر لها من الوضوح والإحكام ما يساعد على استقرار المعاملات . ولذلك فبعد أن كان العرف أهم المصادر الرسمية للقانون في المجتمعات القديمة ، أصبح التشريع أهم هذه المصادر في أغلب القوانين الحديثة ، وبقي العرف مصدرا احتياطيا .

وقيل إن القاضي في بلد من البلاد ، حينما تعوزه قاعدة في التشريع أو العرف ،

يعطى مبادئ القانون الطبيعي باعتباره مصدرا للقانون في هذه الحالة ، وسرى فيما بعد حقيقة المراد من ذلك .

وكان الفقه والقضاء مصدرين رسميين للقانون في بعض الشرائع القديمة . ويعتبر الفقه في القوانين الحديثة مجرد مصدر تفسيري يرجع إليه للاستئناس فحسب . كما يعتبر القضاء مصدرا تفسيريا في أغلب القوانين الحديثة . أى فيما عدا القانون الإنجليزي وما ينجح نهجه من قوانين الدول الانجلوسكسونية ، إذ مازالت السوابق القضائية في هذه القوانين مصدرا رسميا :

وسنعرض فيما يلى للمصادر الرسمية في القانون المصرى ، ثم للمصادر التفسيرية .

الفصل الأول

المصادر الرسمية للقانون المصرى

٥٨ - بيانه المصادر الرسمية وترتيبها بحسب الأولوية في التطبيق :

نصت المادة الأولى مع التفتين المدنى في هذا الصدد على ما يأتى : ١ - تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها . ٢ - فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

وبمعنى ورود هذا النص فى صدر الباب التمهيدى للتفتين المدنى أن يكون المقصود به بيان مصادر القانون فى فروع القانون الخاص بأسره ، إذ أن الأحكام التمهيدية فى ذلك الباب أحكام عامة يتناول تطبيقها فروع هذا القانون المختلفة (١) . حيث يعتبر القانون المدنى بمثابة الأصل بالنسبة إلى فروع القانون الخاص .

(١) انظر فى هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية للتفتين المدنى فى مجموعة الأعمال التشريعية ، ج ١ ص ١٧٤ .

غير أن هذا البيان لا ينطبق على مسائل الأحوال الشخصية . فقد رأينا أن الفقيهين
للدني المصري يقتصر على تنظيم المعاملات المالية ، ويترك تنظيم الأحوال الشخصية لحكم
القواعد الدينية والقوانين الصادرة في شأنها .

ومن ثم تكون المصادر الرسمية للقانون في مسائل المعاملات المالية ، وقفا لهذا النص ،
هي التشريع ، ثم العرف ، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا لم يجد القاضي قاعدة
يطبقها على النزاع في هذه المصادر الثلاثة وجب عليه أن يحكم بمقتضى مبادئ القانون
الطبيعي وقواعد العدالة . وسنرى أن إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد
العدالة لا تعني التجاهل إلى مصدر رسمي يستقي منه قاعدة بالمعنى الصحيح ، وإنما تعني
اجتهاده لكي يصل إلى حل للنزاع المعروض عليه .

ويجب على القاضي في التجاهل إلى هذه المصادر أن يراعي ما بينها من أولوية بحسب
الترتيب المذكور في النص . فهو يلجأ أولاً إلى التشريع باعتباره المصدر الرسمي الأصلي ،
ولا يعدل عنه إلى غيره من المصادر إلا إذا لم يجد فيه قاعدة يطبقها على النزاع المعروض
أو إذا أحال هو على مصدر منها . ولهاذا تعتبر جميع المصادر الأخرى بالنسبة إلى التشريع
مصادر احتياطية . فإذا لم يجد قاعدة في التشريع لجأ إلى العرف ، فإذا لم يجد قاعدة في
العرف لجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يجد قاعدة في هذه المبادئ حكم بمقتضى
مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

أما مسائل الأحوال الشخصية فالمصادر الرسمية اثنان ، هما التشريع والدين .
ويلاحظ هنا أن القواعد الدينية تظفر بالنصيب الأكبر من مسائل الأحوال الشخصية ؛
كما أن الفريق من هذه المسائل الذي صدرت في شأنه قوانين خاصة قد استمدت أحكامه
من الشريعة الإسلامية . وقد حدا هذا الاعتبار بفريق من الفقهاء إلى أن يعتبر الدين مصدراً
رسمياً أصلياً في هذه المسائل . ولكننا مع تسليمنا بهذا الاعتبار لاحظنا أنه حيث توجد
قواعد تشريعية تكون لها الأولوية في التطبيق ، فلا يجوز العلول عنها إلى قواعد دينية
تخالفها ، وهذا أمر مسلم به الجميع . ولهذا آثرنا أن نجعل التشريع هو المصدر الرسمي
الأول في مسائل الأحوال الشخصية إن وجد ، فإذا لم توجد قاعدة تشريعية التجأ القاضي
إلى الدين .

وستتناول فيما يلي كل مصدر من هذه المصادر ، فنبدأ بالمصدر الأصلي وهو التشريع : ثم نتكلم في المصادر الاحتياطية ، وهى الدين ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية : ثم نتبين حقيقة المقصود من إحالة القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وهذا مع ملاحظة ماقلناه من أن الدين لا يأتى بعد التشريع إلا فى مسائل الأحوال الشخصية ، وأن المصادر فى هذه المسائل تقتصر على التشريع والدين .

الفرع الأول

المصدر الأصلي

التشريع

٥٩ - التشريع مصدر أصلى عام - تحميم :

اتضح لنا مما تقدم أن التشريع أصبح أهم مصدر للقاعدة القانونية فى أغلب القوانين الحديثة : وبذلك أصبحت له الصدارة فى هذا الشأن فى القانون المصرى ، فهو المصدر الأصلى العام للقاعدة القانونية . ويراد بكونه مصدرا أصليا ماقلناه من أن القاضى يتعين عليه أن يلجأ إليه أولا للوصول إلى القاعدة التى تطبق على النزاع ، فلا يعدل عنه إلى غيره من المصادر إلا إذا لم يجد فيه قاعدة أو إذا أحال هو على مصدر آخر : ويراد بكونه مصدرا عاما أن اختصاصه لا يقتصر على مسائل معينة ، بحيث يجب الرجوع إليه أولا فى جميع المسائل إلا ما يستثنى من ذلك بالاحالة فى شأنه إلى مصدر رسمى آخر . فهو من هذه الناحية يعتبر المرجع الأول سواء فى مسائل المعاملات المالية أو مسائل الأحوال الشخصية التى صدرت فى شأنها تشريعات خاصة . وما عداه من المصادر الرىمية لا يصدق عليه هذا الوصف أو ذاك . فالدين لا يعتبر مصدرا أصليا فى مسائل الأحوال الشخصية ، بل هو مصدر احتياطى مادام أن فريقا من هذه المسائل قد صدرت فى شأنه تشريعات خاصة ، كما أنه لا يعتبر مصدرا عاما لأن اختصاصه يقتصر على هذه المسائل . والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية يعتبران مصدرين احتياطيين فى مسائل المعاملات المالية فحسب . ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا يستلهمها القاضى إلا فى مسائل المعاملات المالية عندما لا يجد قاعدة فى المصادر الأخرى ، ويقضى الكلام فى التشريع أن نعرض أولا لتعريفه وبيان مزاياه وعيوبه لئلى

تقف على ماله من أهمية : ثم تناول الكيفية التي يسن بها التشريع ، حيث نعرف السلطة التي تملك وضعه ، وتبين أنواعه ، وما بين هذه الأنواع من تدرج في القوة . ثم ندرس الإجراءات التي يتم بها نفاذ التشريع . ثم نبحث فيما قد يكون للقضاء من رقابة على صحة التشريع : وأخيرا نعرض لصورة عامة من التشريع ، هي التقنين .

المبحث الأول

التعريف بالتشريع ومزاياه وعيوبه

٦٠- تعريف :

التشريع ، كصنعة رسمية للقانون ، هو وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك : ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على القواعد القانونية ذاتها التي تضعها هذه السلطة : فالاصطلاح ذاته يستعمل أحيانا بمعنى المصدر، ويستعمل أحيانا أخرى بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر :
ويتضح من هذا التعريف أن ثمة خصائص معينة يجب توافرها فيما يعتبر تشريعا بالمعنى الصحيح :

١ - حيث يتضمن التشريع وضع قاعدة تتوفر فيها خصائص القاعدة القانونية : فلا تعتبر قاعدة تشريعية إلا تلك التي تكون قاعدة سلوك مجردة وعامة . ذلك أن السلطة التشريعية لا يقتصر عملها على وضع التشريع بهذا المعنى ، فقد تصدر قرارات لا تعتبر تشريعات بالمعنى الصحيح :

وعلى هذا الأساس يميز فريق من الفقهاء بين نوعين من التشريعات تصدرها السلطة التشريعية : يشمل أولهما تشريعات من حيث الشكل والموضوع معا ، وهي التشريعات بالمعنى الصحيح ، إذ تتضمن قواعد مجردة وعامة . ويشمل الثاني تشريعات من حيث الشكل فحسب ، وهي عبارة عن قرارات تصدر في خصوص شخص معين بذاته أو واقعة معينة بذاتها ، فلا تعتبر تشريعات بالمعنى الصحيح ، إذ لا تتضمن قواعد مجردة وعامة : مثل ذلك أن يصدر قرار من مجلس الأمة يربط معاش استثنائي لشخص معين

تقديره له ، أو بالموافقة على قرض تعقده الحكومة (م ٧٢ من الدستور) ، أو باعتقاد الحساب الختامي لميزانية الدولة (م ٧٩ من الدستور) ، حيث لا تعتبر هذه القرارات تشريعات من حيث الموضوع رغم صدورها من السلطة التشريعية .

٢ - ويصدر التشريع في نصوص مكتوبة ، ولذلك يقال له القانون المكتوب ، فيعتبر مصدرا للفظ والمعنى معا ، ويتوفر له بذلك من التحديد والوضوح ما يحقق الاستقرار والأمن في المعاملات . وبذلك يتميز عن العرف الذي يقال له القانون غير المكتوب ، فيكون مصدرا للمعنى دون اللفظ ، الأمر الذي قد يحبطه بشيء من الغموض والابهام .

٣ - ويصدر التشريع من سلطة مختصة بوضعه . وسرى فيما يلي أن هناك أنواعا مختلفة من التشريعات ، وأن السلطة التي تملك التشريع تختلف باختلاف نوع القواعد التشريعية .

٦١ - أهمية التشريع ومزاياه :

إذا نظرنا في الجملة إلى تطور المصادر الرسمية للقانون من حيث انتشارها وأهميتها أمكننا أن نقول إن العصور القديمة هي عصور العرف والدين ، وإن العصر الحديث هو عصر التشريع . فقد أضحت التشريع أهم مصدر في القوانين الحديثة . حيث ساعدت على ذلك عوامل مختلفة ، فضلا عن المزايا العديدة التي تجعل للتشريع الأفضلية على جميع المصادر الأخرى .

فن العوامل التي أدت إلى ازدياد أهمية التشريع أن الدولة في العصر الحديث توطد سلطاتها وأصبح لها من قوة القهر ما يحبطها قادرة على فرض احترام القواعد التشريعية التي تضعها . كما أن انتشار الديمقراطية أدى إلى الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات ، مما جعل السلطة التشريعية تنشط في القيام بوظيفتها . وبالإضافة إلى ذلك فإن اعتناق المذهب الاشتراكي في كثير من الدول جعل الدولة تتدخل في كثير من الشؤون التي كانت متروكة من قبل لنشاط الأفراد وحريرتهم ، كي توجه أدوات الإنتاج لصالح الشعب وتحمي

الطرف الضعيف في العقد وتحول دون التحكم والاستغلال ، وهذه كلها أغراض لا يمكن أن تتحقق إلا منه طريق التنظيم التشريعي .

أما المزايا التي تبرر أن يتبوأ التشريع هذه المكانة فكثيرة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) سهولة من التشريع وتعديله : فالتشريع تضعه سلطة مختصة ، وبذلك يمكن أن يتم وضع القواعد القانونية بسرعة وسهولة ، بحيث يستطيع الشارع أن يبادر إلى مواجهة الأوضاع الجديدة في المجتمع بتنظيمات مستحدثة ، كما يكون في وسعه أن يسارع إلى تعديل القواعد القائمة أو إلغائها إذا بدا له أنها أصبحت تتعارض مع هذه الأوضاع . وتلك ميزة تتيح للقانون أن يؤدي وظيفته على نحو يستجيب فيه لحاجات المجتمع بالسرعة التي تتفق مع تطور ضرور النشاط فيه وازدياده .

(٢) وضع التشريع في نصوص مكتوبة : فالتشريع تضعه سلطة مختصة في نصوص مكتوبة ، فيكون بذلك مصدرا للقاعدة القانونية في لفظها ومعناها . وبفضل هذا تأتي القاعدة في صياغة محكمة ، يظهر فيها دور الإرادة الواحية المدبرة ، ويتوفر لها من التحديد والضبط ما يكفل الاستقرار والثقة في المعاملات . حيث يراعى في الحكم الذي تفرره التوفيق بين المصالح المختلفة : كما يسهل على الأشخاص التأكد من وجودها والتعرف منها على حقوقهم وواجباتهم .

(٣) التشريع أداة لتوحيد النظام في الدولة : فوضع التشريع بواسطة سلطة مختصة وقدرة الدولة على كفالة طاعته يمكنان من إصدار تشريعات تنفذ في كل إقليم الدولة ، وبذلك يؤدي التشريع إلى توحيد النظام في الدولة ، فيكون عاملا على تحقيق الوحدة القومية وزيادة التضامن بين أجزاء الأمة الواحدة .

(٤) التشريع أداة لتطوير المجتمع : فبفضل التشريع لا تقتصر وظيفة القانون على تنظيم الحياة الاجتماعية بالصورة التي يتجه إليها نشاط الأفراد في المجتمع . فهناك ألوان من التنظيم ومبادئ ينادى بها المصلحون أو يقتبسونها من خارج بيتهم ، ويرون فيها صلاحا لبلادهم ونهوضا بها ، ومثل هذه النظم والمبادئ لا يمكن الأخذ بها إلا من طريق التشريع . وبذلك يصبح القانون أداة لتطوير المجتمع وتوجيه الوجهة التي تسلكها للنهوض والتقدم . وآية ذلك ما نراه اليوم من تدخل الشارع على نطاق واسع في ظل

النظام الاشتراكي الذي أخذ ينتشر في الوقت الحاضر ، كي يزيل الفوارق بين طبقات الشعب ، ويعول دون الاستغلال والتحكم ، ويعقق تكافؤ الفرص أمام الجميع ، وهذه كلها أغراض لا يمكن الوصول إليها إلا من طريق التشريع :

٦٢ - عيرب التشريع :

يعاب على التشريع أن السلطة التي تختص بوضعه قد لا توفق في تبيين ظروف المجتمع وتقدير حاجاته ، فتأتي القواعد التي تسنها غير ملائمة لتلك الظروف وقاصرة على الوفاء بهذه الحاجات . بل إنه إذا جاءت القواعد التشريعية حين وضعها ملائمة لظروف المجتمع فإن صيها في نصوص مكتوبة تحدد مدلولها وترسم حدودها يضئ عليها من الجمود ما يقف بها عن مسارة التطور والوفاء بما ييجد من حاجات ، فإذا ما تغيرت هذه الظروف أصبحت تلك القواعد غير ملائمة لها ، وقد يقعد الشارع عن تعديلها على النحو الذي يستجيب لمتغضيات التطور .

غير أن الواقع يدل على عدم سلامة هذه الملاحظة ؛ فالغالب أن تكون السلطة التشريعية مكونة من ممثلين للشعب ، وهذا من شأنه أن يقلل من خطر وضع قواعد لا تتفق مع ظروف المجتمع وحاجاته . وإذا حصل أن جاء التشريع عند وضعه غير ملائم لظروف المجتمع ، أو أصبح كذلك نتيجة للتطور ، فإن السلطة التشريعية تبادر إلى تعديله كي يصبح متفقا مع ظروف المجتمع ومسارها للتطور فيه ؛

والحقيقة أن العيوب التي تؤخذ على التشريع لا تعتبر شيئا مذكورا إلى جانب مزاياه العديدة . بل إن التشريع أصبح الأداة الضرورية التي لا غنى عنها ولا بديل لها في تنظيم المجتمع الحديث ، حيث تشعبت مظاهر النشاط وازدادت المعاملات واتجهت لمرادة التغيير إلى الأخذ بمبادئ ونظم تهود المجتمع نحو النهوض والتقدم :

وفي ضوء هذه الحقيقة كان طبيعيا أن يحتل التشريع مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون ، وأن تظنى أهميته إلى حد كبير على ما عداه من مصادر :

المبحث الثاني

سن التشريع

٦٣ - السلطة التي تملك التشريع :

يبين دستور كل دولة الهيئة التي تختص بسن التشريع ، وهي التي يقال لها السلطة التشريعية . وقد تكون هذه السلطة فردا واحدا ، كأن تكون ملكا أو حاكما مطلقا . وهي في أغلب الدول الحديثة مجلس أو مجلسين نيابيين ، حيث ينتخبهما الشعب فيتيوان عنه في سن التشريع : وقد يشارك رئيس الدولة المجلس النيابي بما يكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، أو بقيامه بسن التشريع في ظروف معينة تقتضى أن يضطلع بهذا العمل . كما أن السلطة التنفيذية قد تختص بوضع التشريع في مسائل معينة تؤهلها وظيفتها إلى الإحاطة بها .

وتستعمل عبارة « السلطة التشريعية » للدلالة على وظيفة الدولة في سن القوانين ، كما تستعمل للدلالة على الهيئة التي تباشر هذه الوظيفة :

وتختلف السلطة التي تملك التشريع بحسب أهمية هذا التشريع . فقد يتناول التشريع النظام الأساسي للدولة ، أو يتعلق بأمور خطيرة تتصل بمصالح البلاد العليا ، فلا يكتفى فيه بالسلطة التشريعية العادية ، بل يعهد به إلى هيئة مشكلة على نحو خاص ، أو يرجع فيه إلى الشعب . وقد يكون التشريع عاديا فتتولى وضعه السلطة التشريعية العادية . وقد يتعلق التشريع بمسائل تفصيلية ذات أهمية ثانوية تتصل بالتطبيق العملي فيترك أمره إلى السلطة التنفيذية نظرا إلى اتصالها المستمر بالجمهور .

٦٤ - أنواع التشريعات وتدرجها في القوة :

يتضح مما ذكرناه الآن أن التشريعات تتعدد أنواعها وتتفاوت قوتها تبعا لأهمية المسائل التي تتناولها .

فهناك أنواع ثلاثة من التشريعات تدرج في القوة . فأعلاها التشريع الأساسي ،

وهو الدستور . ثم يليه في القوة للتشريع العادى ، ويسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسى ، وهو يشمل القوانين العادية . ثم يلي هذا في القوة التشريع الفرعى ، وهو يشمل القرارات الإدارية التنظيمية أو اللوائح التى تصدرها الهيئات التنفيذية المختلفة .

ومقتضى هذا التدرج في القوة أن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى منه . فلا ينفى أن يأتى التشريع العادى مخالفاً للتشريع الأساسى ، ولا أن يأتى التشريع الفرعى مخالفاً لأى من هذين التشريعين . فإذا تعارض تشريعان من درجتين مختلفتين وجب تغليب التشريع الأعلى ، وهو ما يتحقق عن طريق الرقابة القضائية على صحة التشريعات كما سنرى فيما بعد .

وسنعرض فيما يلى لكل نوع من هذه التشريعات ، حيث تبين السلطة المختصة بسنّه والكيفية التى يتم بها ذلك :

٦٥- أولاً : التشريع الأساسى : الدستور :

التشريع الأساسى أو الدستور هو كما قلنا أعلى التشريعات في القوة . إذ أنه يحدد نظام الحكم في الدولة ، ويبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقتها بعضها بالبعض الآخر ، ويقرر ما للأفراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة . فهو بهذه المثابة يضع الأساس الذى يقوم عليه نظام الدولة . ولذلك يختلف عن التشريع العادى سواء من حيث وضعه أو تعديله ،

(١) ففما يتعلق بوضع الدستور يتوقف الأمر على الظروف السياسية القائمة . فقد يصدر الدستور منحة من صاحب السلطان في الدولة ، وإن كان ذلك لا يحصل عملاً إلا تحت ضغط الشعب الذى يعتبر صاحب السيادة الأصيل . وقد يصدر في صورة عقد بين الشعب وصاحب السلطان . وقد تسه جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب . وقد يسته الشعب نفسه بطريق الاستفتاء .

وهاتان الطريقتان الأخيرتان هما اللتان تتفقان مع المبدأ الديمقراطي على اعتبار أن الشعب هو مصدر السلطات . وقد جمع بينهما الدستور المصرى الذى بدأ العمل به ابتداء من يوم ٢٥ مارس سنة ١٩٦٤ . إذ جاء في ديباجته أنه يعمل به من هذا اليوم ، حتى

يتم مجلس الأمة المنتخب انتخاباً شعبياً مباشراً مهمته بوضع مشروع الدستور الدائم للجمهورية العربية المتحدة ، وطرح مشروع هذا الدستور على الشعب ، للاستفتاء ، لكي يمنحه من إرادته الحرة القوة التي تجعله مصدراً لكل السلطات .

ونضيف بهذه المناسبة أن الدستور ليس هو التشريع الوحيد الذي يسته الشعب بطريق الاستفتاء . فقد يستغنى الشعب فضلاً عن ذلك في تشريع يتناول أمراً هاماً يتصل بمصالح البلاد العليا . إذ نصت المادة ١٢٩ من الدستور على أن « لرئيس الجمهورية أن يستغنى الشعب في المسائل الهامة التي تتصل بمصالح البلاد العليا ، وينظم القانون طريقة الاستفتاء » .

(٢) وفيما يتعلق بتعديل الدستور ، تنقسم النماذج بحسب الطريقة المرسومة لتعديلها إلى نماذج مرنة ونماذج جامدة . فاللستور المرن هو الذي يكفي لتعديل أحكامه أو إلغائها أن يصدر تشريع عادي بالإجراءات التي تصدر بها القوانين العادية ، والدستور الجامد هو الذي لا يمكن تعديل أحكامه أو إلغائها إلا بشروط خاصة وإجراءات معينة تختلف عما يتبع في القوانين العادية . وجود الدستور على هذا النحو من شأنه أن يحول دون كثرة التعديل في أحكامه ، فيتوفر له بذلك ما يجملر بالتشريع الأساسي من استقرار وثبات .

والدستور المصري من النماذج الجامدة . فقد تطلبت المادة ١٩٦ منه إجراءات طويلة وشروطاً خاصة لتعديله ، وهي كما يأتي :

١ - طلب التعديل : فكل من رئيس الجمهورية ، ومجلس الأمة ، طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور . ويجب أن يذكر في طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها ، والأسباب الداعية إلى هذا التعديل . وإذا كان الطلب صادراً من مجلس الأمة وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل .

٢ - موافقة مجلس الأمة على مبدأ التعديل : فإذا قدم للطلب على هذا الوجه وجب عرضه على المجلس لكي يناقش مبدأ التعديل . ويصدر المجلس قراره في شأنه بأغلبية أعضائه . فإذا رفض الطلب لا يجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضي سنة على هذا الرفض .

٣- موافقة مجلس الأمة على التعديل : فإذا وافق المجلس على مبدأ التعديل بالأغلبية المذكورة ، يعرض عليه بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة المواد المراد تعديلها لمناقشتها . فإذا وافق على التعديل ثلثا عدد أعضاء المجلس اعتبر نافذا من تاريخ الموافقة .

٦٦- ثانيا : التشريع العادى : اقتصره :

التشريع العادى هو التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها المبين فى الدستور : ويطلق على هذا النوع من التشريع اسم القانون Le loi . بمعناه الخاص الذى يراد به قاعدة أو مجموعة من القواعد تضعها السلطة التشريعية . فهو يختلف فى دلالة عن اصطلاح القانون Le Droit بالمعنى العام باعتباره مجموعة القواعد الملزمة التى تحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فى المجتمع . وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك (١) ، والأصل أن التشريع العادى تقوم به السلطة التشريعية ، وإن كانت اللجان تنص عادة على اشتراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية فى هذه الوظيفة بمانعطيه من حق اقتراح القوانين أو حق التصديق أو الاعتراض على ما تسنه هذه السلطة منها . وهذا هو النهج الذى سلكه الدستور المصرى .

ويتولى السلطة التشريعية فى مصر بحسب الأصل ، بمقتضى الدستور الحالى ، مجلس واحد هو مجلس الأمة . فقد نصت المادة ٤٧ من الدستور على أن « مجلس الأمة هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية » .

ويعر سن التشريع العادى بالمراحل الثلاث الآتية :

(١) اقتراح التشريع : اقتراح القانون هو عرض مشروعه على مجلس الأمة لإبداء الرأى فيه . وهو حق لرئيس الجمهورية (م ١١٦ من الدستور) ، ولأى عضو من أعضاء مجلس الأمة (م ٦٧) . وبحال مشروع القانون المقدم من رئيس الجمهورية إلى إحدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه (م ٦٦) . أما مشروع القانون الذى يقترحه

(١) انظر فيما تقدم قرة ٦ .

عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الأمة فيحال إلى لجنة لفحصه وإبداء الرأى فى صلاحية لجواز نظر المجلس فيه ، فإذا رأى المجلس نظره أحاله إلى إحدى لجانه لفحصه وتقديم تقرير عنه (م ٦٦) .

(٢) موافقة مجلس الأمة : بعد فحص مشروع القانون وتقدم تقريره ي طرح على مجلس الأمة لمناقشته والتصويت عليه . ولا يجوز للمجلس أن يتخلل قراراً إلا إذا حضر الجلسة أغلبية أعضائه . وفى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة تصلى القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين ، وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذى جرت المناقولة فى شأنه حرفوضاً (م ٦٥) .

ولا يصدر قانون إلا إذا أقره مجلس الأمة . ولا يجوز تقرير مشروع قانون إلا بعد أخذ الرأى عليه مادة مادة (م ٦٨) .
وكل مشروع قانون اقترحه أحد الأعضاء ورفضه مجلس الأمة ، لا يجوز تقديمه ثانية فى دور الاعتقاد ذاته (م ٦٩) :

(٣) عدم اعتراض رئيس الجمهورية أو موافقة مجلس الأمة رغم الاعتراض :
لرئيس الجمهورية حق الاعتراض على مشروعات القوانين التى يقرها مجلس الأمة (م ١١٦) . فإذا اعترض الرئيس على مشروع قانون رده إلى المجلس فى مدى ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه : فإذا لم يرد مشروع القانون فى هذا الميعاد ، اعتبر قانوناً وأصدر (م ١١٧) : وإذا رد مشروع القانون فى الميعاد المتقدم إلى المجلس ، وأقره ثانية بموافقة ثلثى أعضائه ، اعتبر قانوناً وأصدر (م ١١٨) :

ويوضح من هذا أن اعتراض رئيس الجمهورية على مشروع قانون أقره مجلس الأمة هو مجرد اعتراض توقينى *veto suspensif* . بمعنى أنه لإجراء من جانب رئيس الجمهورية يوجب على المجلس أن يعيد النظر فى هذا المشروع ، بحيث لا يجوز له أن يقره ثانية إلا بموافقة أغلبية خاصة هى ثلثا أعضائه . فإذا توفرت هذه الأغلبية صار المشروع قانوناً وأصدر ، وإذا لم تتوفر سقط للمشروع ، وبذلك تكون الكلمة الأخيرة لمجلس الأمة :

وإذا كان الأصل أن السلطة التشريعية هى التى تتولى سن التشريع العادى ،

فإن هناك حالتين تستثيان من ذلك ، حيث تحمل فيهما السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية في القيام بهذه المهمة مراعاة لظروف خاصة ، وهي حالة التفويض وحالة الضرورة .

٦٧- غرض رئيس الجمهورية في التسريع :

قد تعرض ظروف استثنائية تدعو إلى أن يفوض مجلس الأمة رئيس الجمهورية في سن القوانين في شأن مسائل معينة ، كما هي الحال بالنسبة إلى القوانين الخاصة بفرض رسوم أو ضرائب ، حيث تقتضى المصلحة بكتان مضمونها قبل إعلانها لمنع التهرب منها .

وقد نصت المادة ١٢٠ من الدستور في هذا الصدد على أن « لرئيس الجمهورية في الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن يعين موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها » .

ويتضح من هذا أن التفويض يجوز إذا توافرت فيه شروط ثلاثة : ١ - فيجب أن يكون التفويض في أحوال استثنائية تبرره . ٢ - ويجب أن تعين في هذا التفويض الموضوعات التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يسن قوانين في شأنها ، كما تحدد فيه الأسس التي تراعى في تنظيم هذه الموضوعات : ٣ - ويجب أن يكون هذا التفويض مأقوتا بمدة محددة .

٦٨- تشريع الضرورة :

يجوز لرئيس الجمهورية أن يسن قوانين بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو أثناء حله ، إذا نشأت حينذاك حالة ضرورة تدعو إلى الإسراع في اتخاذ تدابير عن طريق التشريع لا تختمل التأخير . فقيام حالة الضرورة في وقت تكون السلطة التشريعية فيه في عطلة أو غير قائمة هو الذي يبرر الخروج على الأصل الذي يحل الاختصاص بسن القوانين لهذه السلطة .

وقد نصت المادة ١١٩ من الدستور في هذا المعنى على ما يأتي : « إذا حدث شيئاً بين أدوار انعقاد مجلس الأمة ، أو في فترة حله ، ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون - ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة ، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً ، وفي أول اجتماع له في حالة الحل ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض » .

ومن ثم يشترط لكي يباشر رئيس الجمهورية هذا الحق ما يأتي :

١ - فيجب أن توجد ضرورة تدعو إلى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير . وتقدير هذه الضرورة يستقل به رئيس الجمهورية .

٢ - ويجب أن تنطأ هذه الضرورة أثناء عطلة مجلس الأمة فيما بين أدوار انعقاده ، أو في فترة حله .

٣ - ويجب أن تعرض القرارات التي أصلها رئيس الجمهورية على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان إصدارها فيما بين أدوار انعقاده ، أو في أول اجتماع له إذا كان إصدارها في فترة حله . فإذا لم تعرض زال ما كان لها من قوة القانون بأثر رجعي . وإذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض ، حيث رأى الشارع في هذه الحالة أن يتلافى ما قد يترتب على الزوال بأثر رجعي من اضطراب .

٤ - ويجب ألا تكون هذه القرارات مخالفة للدستور . وهذا شرط تخليه القواعد العامة ، وإن لم يرد ذكره في النص المذكور . إذ أن القانون الذي تسنه السلطة التشريعية ، وهي السلطة الأصلية في هذا الشأن ، لا يجوز أن يأتي مخالفاً للدستور . وعليه فن باب الأولى لا يجوز أن يخالف الدستور قرار له قوة القانون يصدر من رئيس الجمهورية في حالة يحل فيها عمل هذه السلطة استثناء .

٦٩- ٣ : التشريع الفرعي : الموضع :

التشريع الفرعي هو عبارة عن القرارات الإدارية التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها في الدستور (م ١٢١ و ١٢٢). فهي تسن هذا التشريع بما لها من اختصاص أصيل ، وليس على أساس أنها تحمل في ذلك السلطة التشريعية . ويطلق على هذا التشريع اسم « اللائحة *le règlement* » تمييزا له عن التشريع العادي الذي يراد به « القانون » :

واللوائح على أنواع ثلاثة ، هي اللوائح التنفيذية ، واللوائح التنظيمية ، ولوائح الضبط :

(١) اللوائح التنفيذية : هي ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنفيذ القوانين .. ذلك أن القوانين التي تسنها السلطة التشريعية كثيرا ما يقتصر فيها على وضع القواعد العامة ، وترك النواحي التفصيلية والجزئيات التي تنظم تنفيذها للسلطة التنفيذية . فهذه السلطة بحكم وظيفتها في تنفيذ القوانين واتصالها المستمر بالجمهور تكون أقدر من السلطة التشريعية على تعرف التفاصيل الخاصة بالتنفيذ وفقا لضرورات العمل وظروفه ، فضلا عما في ذلك من ضمان السرعة في التنفيذ وتخفيض القوانين من كثير من التفاصيل الجزئية والتخفيف من أعباء السلطة التشريعية .

ولهذا يجب أن تنقيد اللوائح التنفيذية بالفرض المقصود منها ، وهو تنفيذ القوانين . فلا يجوز أن تتضمن تعديلا أو إلغاء لقاعدة من القواعد الواردة في هذه القوانين : وقد نصت المادة ١٢٢ من الدستور على أنه « يصدر رئيس الجمهورية . . . » :
الوائح اللازمة لتنفيذ القوانين ، وله أن يفوض غيره في إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه . ومن هنا فالأصل أن يكون صلب اللوائح التنفيذية من رئيس الجمهورية ، ويجوز له أن يفوض غيره في إصدارها ، كما يجوز أن يعين القانون من يصدرها كالوزير المختص :

(٢) اللوائح التنظيمية : هي ما تسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم المصالح والمرافق العامة . وقد نصت عليها المادة ١٢١ من الدستور فقالت : « يصدر رئيس

الجمهورية القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة . ذلك أن السلطة التنفيذية هي التي تتولى إدارة المصالح والمرافق العامة . فهي بحكم وظيفتها هذه تستطيع أن تختار التنظيم الملائم لسير العمل في هذه المصالح والمرافق :
ويلاحظ أن الدستور الحالي يقصر سن هذه اللوائح على رئيس الجمهورية :
ولذلك يجب أن يصدر بها قرار رئيس الجمهورية .

(٣) لوائح الضبط : هي التي تضعها السلطة التنفيذية لحفظ الأمن وتوفير السكينة وصيانة الصحة العامة . فهي من هذا تورد قيودا تشريعية على الحريات الفردية يقتضيها الصالح العام . ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح الخبال المعلقة للراحة والضارة بالصحة والخطرة ، واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية والباعة المتجولين ومنع انتشار الأوبئة :
وقد نصت المادة ١٢٢ من الدستور على هذه اللوائح فقالت : « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط . . . وله أن يفوض غيره في إصدارها » . فالأصل أن يقوم رئيس الجمهورية بإصدار هذه اللوائح بناء على عرض الوزير المختص ، ويجوز له أن يفوض غيره في إصدارها .

المبحث الثالث

نفاذ التشريع

٧٠- منه التشريع ونفاذه :

إذا تم سن التشريع على النحو السالف الذكر من السلطة المختصة ، سواء كان دستورا أو قانونا أو لائحة ، فإنه يوجد قانونا . ولكن هنا الوجود القانوني لا يكفي لكي يصبح التشريع نافذا ، أي لكي يعمل به ، بل يجب لذلك أن يمر بمرحلة التنفيذ ، ويتحقق هنا التنفيذ بتوافر أمرين : الأول هو إصدار التشريع كي يصبح رجال السلطة التنفيذية مكلفين بتنفيذه . والثاني هو نشره كي يعلم الناس به وبموعد نفاذه .

٧١ - إصدار التشريع :

الإصدار *la promulgation* عمل يقصد به تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا من تشريعات الدولة . وهو من اختصاص السلطة التنفيذية ممثلة في شخص رئيسها . حيث نصت المادة ١١٦ من الدستور على أن لرئيس الجمهورية حق إصدار القوانين .

ويعتبر الإصدار عملا تنفيذيا لا عملا تشريعا ، إذ هو بداية وضع التشريع موضع التنفيذ . ويبدو هذا التمييز واضحا إذا كان سن التشريع من اختصاص سلطة غير السلطة التنفيذية ، كما هي الحال بالنسبة إلى الدستور أو القوانين العادية . إذ بعد أن يتم سن التشريع في هذه الحالة ، تتولى السلطة التنفيذية إصداره لكي تسجل وجوده القانوني وتكلف رجالها بالقيام على تنفيذه . أما حين يكون سن التشريع من اختصاص السلطة التنفيذية ، كما هي الحال بالنسبة إلى التشريع الفرعي ، فإنه يختلط بالأصدار ، إذ تقوم بهما سلطة واحدة ، فتيان في وقت واحد .

ولم يحدد الدستور ميعادا لإصدار القوانين . غير أن المفروض أن يقع الإصدار فور تمام سن التشريع . فهو واجب على رئيس الجمهورية بمجرد الانتهاء من سن التشريع حتى لا يعطل تنفيذ القوانين .

٧٢ - نشر التشريع :

النشر *la publication* إجراء يقصد به إعلان التشريع للناس وتعليق موعد العمل به . فلا يكفي الإصدار تمام نفاذ التشريع ، بل يجب كذلك أن ينشر . ذلك أن إلزام الناس بالقواعد القانونية يقتضى عقلا وعادلة علمهم بها حتى يوجهوا سلوكهم على مقتضاها .

ونظرا إلى تعدد إعلان التشريع لجميع الناس ، فقد اكتفى الشارع في هذا الشأن بأن هيا وسيلة معينة للعلم به ، وهي النشر : فهذه الوسيلة هي التي يعتد بها في تمام نفاذ التشريع ، ولو كانت لم تؤد فعلا إلى الإحاطة به :

والوسيلة القانونية المعول عليها لنشر التشريع هي نشره في الجريدة الرسمية للدولة .
فهذا النشر واجب لنفاذ التشريع أيا كان نوعه ، أى سواء كان تشريعا أساسيا أو عاديا
أو فرعيا .

ولا تغنى عن هذا النشر أية وسيلة أخرى لإعلان التشريع ، ولو كانت أجلى من
الجريدة الرسمية في سبيل العلم به ، كالنشر في الصحف أو في إعلانات توضع في أماكن
عامة أو بطريق الإذاعة : بل إن العلم الفعلي بالتشريع بأية طريقة أخرى لا يجعله نافذا
مادام لم ينشر في الجريدة الرسمية .

ويجب أن يتم نشر التشريع في خلال أسبوعين من يوم إصداره . فقد نصت
المادة ١٦٤ من الدستور على أن « تنشر القوانين في الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من
يوم إصدارها » . والمقصود بالقوانين في هذا النص التشريعات أيا كان نوعها
كما قلنا .

وقد جرت المساتير السابقة على تحديد ميعاد لنفاذ التشريع بعد نشره في الجريدة
الرسمية ، وذلك حتى تتاح للناس فرصة كافية للعلم به : من ذلك أن الدستور السابق كان
ينص على أن يعمل بالقوانين بعد عشرة أيام من تاريخ نشرها ، وعلى أنه يجوز مد هذا
الميعاد أو تقصيره بنص خاص في القانون . ولكن الدستور الحالي ، على خلاف هذه
المساتير لم يرد فيه ذكر لميعاد معين في هذا الشأن : ومع ذلك فالغالب ألا يعتز التشريع
نافذا فور نشره في الجريدة الرسمية مراعاة للاعتبار الذى ذكرناه ، بل يبدأ نفاذه بعد
وقت معين من تاريخ النشر ينص عليه فيه . على أن المصلحة العامة قد تدعو إلى الإسراع
في تنفيذ التشريع ، فينص فيه على أن يبدأ العمل به من تاريخ النشر .

المبحث الرابع

الرقابة القضائية على صحة التشريع

٧٣ - الرقابة على صحة التشريع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع :

رأينا أن التشريعات تندرج في القوة . فأعلها التشريع الأساسي ، وهو الدستور . ثم يليه في القوة التشريع العادي ، وهو يشمل القوانين العادية . ثم يلي هذا في القوة التشريع الفرعي ، وهو يشمل اللوائح . وقلنا إن مقتضى هذا التدرج في القوق أن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى منه .

والمخالفة قد تكون من حيث الشكل ، وقد تكون من حيث الموضوع . ويقصد بالمخالفة من حيث الشكل أن يسن التشريع بواسطة سلطة غير مختصة ، أو يسن وفقا لإجراءات غير صحيحة ، أن يوضع موضع التنفيذ دون أن يتم إصداره أو دون أن ينشر أو قبل فوات الميعاد المحدد لهذه العمل به . ويقصد بالمخالفة من حيث الموضوع أن يأتي التشريع الأدنى متعارضا في أحكامه كلها أو بعضها مع قواعد التشريع الأعلى :

وستعرض الآن لمدى رقابة القضاء على صحة التشريع من هاتين الناحيتين . حيث نتكلم في الرقابة على صحة التشريع الفرعي ، أي قانونية اللوائح ودستوريها ، ثم في الرقابة على صحة التشريع العادي ، أي دستورية القوانين . أما التشريع الأساسي ، وهو الدستور ، فهو أعلى التشريعات ، ولا يتصور أن تثور مسألة الرقابة بالنسبة إليه .

٧٤ - الرقابة على قانونية اللوائح ودستوريها :

من المسلم به قضاها وقضاء أن للمحاكم سلطة الرقابة على صحة التشريعات الفرعية ، وهي اللوائح على اختلاف أنواعها ، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع : فلها أن ترأب قانونية اللوائح أو دستوريها ، وذلك بالتثبت من عدم مخالفتها للقوانين العادية أو للدستور قبل أن تطبقها :

ولهذا فإن المحاكم العادية يجوز لها ، بل ويجب عليها ، أن تمتنع من تلقاء نفسها عن تطبيق الواجبات التي تكون مخالفة للقوانين العادية أو للدستور : فلا يلزم لذلك أن يتمسك صاحب المصلحة من الخصوم بعدم صحة اللائحة ، لأن مثل هذه المخالفة تعنى انعدام اللائحة فلا يكون لها وجود قانوني . غير أن سلطة المحاكم العادية تقتصر في هذا الشأن على مجرد الامتناع عن تطبيق مثل هذه الواجبات ، فهي لا تملك إلغاؤها ، وذلك مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات .

أما محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة فلها ، فوق سلطتها في الامتناع عن تطبيق الواجبات المخالفة للقانون أو للدستور كبقية المحاكم ، أن تحكم بإلغائها إذا طلب منها ذلك صاحب المصلحة في الميعاد المقرر : فالظن بمخالفة اللائحة للقانون أو للدستور أمام هذه المحكمة يكون بأحد طريقين : الأول هو الطريق المباشر ، وهو طلب إلغاء اللائحة بدعوى مستقلة ترفع في الميعاد المحدد لرفع دعاوى الإلغاء وهو ستون يوماً من تاريخ نشر اللائحة في الجريدة الرسمية . والثاني هو الطريق غير المباشر ، وهو طلب عدم الأخذ باللائحة في أي وقت عند الظن في القرار الإداري القردي الذي يصدر بناء على هذه اللائحة (١) .

٧٥ - الرقابة على دستورية القوانين في الشرائع الحديثة :

تجب التفرقة في هذا الشأن بين الرقابة على صحة القوانين من حيث الشكل ، والرقابة على صحتها من حيث الموضوع .

(١) ففيما يتعلق بالرقابة على صحة القوانين من حيث الشكل من المسلم به أن للمحاكم هذه السلطة . وذلك بأن تمتنع عن تطبيق القانون الذي لحقه عيب في الشكل على خلاف ما تقتضيه أحكام الدستور . كأن يقر مجلس الأمة قانوناً دون أخذ الرأي عليه مادة مادة ، أو يقره بغير الأغلبية الخاصة المطلوبة في شأنه ، أو يوضع القانون موضع التنفيذ

(١) محكمة القضاء الإداري في ٥ فبراير ١٩٥٢ ، المجلد ٣٣ - ١٠٥٩ - ٤٦٢ .

دون أن يتم إصداره أو دون أن ينشر . إذ يعتبر القانون في مثل هذه الحالات منعهدا فلا يكون له وجود قانوني .

(٢) أما فيما يتعلق بالرقابة على صحة القوانين من حيث الموضوع فأمر متنازع فيه في الفقه والقضاء ، كما أنه يختلف باختلاف الشرائع ،

ومن الواضح أن هذه المشكلة لا تنثور إذا كان الدستور مرنا . إذ أن مثل هذا الدستور يمكن تعديله بتشريع عادي ، فإذا صدر قانون يخالف في حكمه قواعد هذا الدستور كان هذا جائزا حيث يعتبر تعديلا للدستور ذاته بالطريقة المقررة .

إنما ينثور بحث دستورية القوانين حين يكون الدستور جامدا ، إذ أن مثل هذا الدستور لا يمكن تعديله بتشريع عادي . فإذا صدر قانون يخالف في أحكامه لقواعد الدستور كان هذا تعديلا للدستور بغير الطريقة المقررة . كأن يصدر قانون يفرق ، فيما يتعلق بالحقوق والواجبات العامة ، بين المواطنين على أساس الأصل أو الدين ، مخالفا بذلك ما تنص به المادة ٢٤ من الدستور التي تنص على أن المصريين لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تميز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة . أو يصدر قانون يميز تسليم اللاجئين السياسيين ، مخالفا بذلك ما تنص به المادة ٣٢ من الدستور التي تنص على أن تسليم اللاجئين السياسيين محظور . وهناك اتجاهان في هذا الشأن :

فقد ذهب رأى إلى أنه ليس للمحاكم أن تراقب دستورية القوانين من حيث الموضوع . وذلك بحجة احترام مبدأ الفصل بين السلطات . إذ أنه وفقا لهذا المبدأ تختص السلطة التشريعية بسن القوانين ، وتقتصر وظيفة السلطة القضائية على تطبيقها . فإذا أجزنا للمحاكم أن تراقب دستورية القوانين التي تطبقها أدى هذا إلى الإخلال بذلك المبدأ ، لأنه يجعل من السلطة القضائية مهمتها على السلطة التشريعية ، مع أن كلا منهما مستقلة عن الأخرى .

وأخذت بهذا الرأي دساتير بعض الدول ، كاللستور البلجيكي . كما استقر عليه القضاء الفرنسي ، وإن كان يعارضه جانب من الفقه الفرنسي .

بينما ذهب رأى آخر إلى تحويل المحاكم سلطة النظر في دستورية القوانين ، حتى

تثبت من عدم مخالفتها للدستور ، بحيث تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة له ، وذلك استنادا إلى الحجج الآتية :

حيث أن وظيفة الحاكم هي تطبيق القانون بمعناه الشامل . فهي تلزم بتطبيق جميع القواعد القانونية السارية في الدولة ، سواء وردت هذه القواعد في الدستور أو في قوانين عادية أو في لوائح . ومقتضى هذا أنه نظرا إلى تدرج هذه التشريعات في القوة ، إذا تعارض قانون عادي مع أحكام الدستور وجب على المحكمة أن تمتنع عن تطبيق هذا القانون ولا خالفت في عملها أحكام الدستور .

وإذا كان من المسلم به أن للمحاكم الحق في رقابة قانونية اللوائح ودستوريتها ، بأن تمتنع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة للقانون أو للدستور ، فليس ثمة ما يدعو إلى التفرقة في هذا الشأن بين القوانين واللوائح ، إذ ليست الرقابة في الحالين سوى نتيجة منطقية وحتمية لتدرج التشريعات في القوة . فإذا وجدت المحاكم نفسها أمام تشريعين متعارضين امتنعت عن تطبيق التشريع الأدنى احتراماً للتشريع الأعلى .

وليس في تحويل المحاكم هذا الحق ما يعتبر إخلالا بمبدأ الفصل بين السلطات كما يدعى أنصار الرأي الآخر ، بل إنه على العكس من ذلك يعتبر من مقتضيات هذا المبدأ . ذلك أن وظيفة السلطة القضائية هي تطبيق القانون بمعناه الشامل على النحو الذي ذكرناه ، فإذا حرمانها من الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور كان معنى ذلك أننا نحول السلطة التشريعية إلى الحق في أن تفرض عليها مثل هذه القوانين فتجبرها بذلك على تطبيقها ، وهو ما يخل باستقلالها في تطبيق القواعد القانونية جميعا وعلى رأسها الدستور . فالسلطانان تخضعان لأحكام الدستور ، وإذا خالفت السلطة التشريعية هذه الأحكام ، فلا يلغى أن تشترك معها السلطة القضائية في هذه المخالفة .

ومن ثم فوفقا لهذا الرأي يقتصر حق المحاكم في رقابة دستورية القوانين على مجرد الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . فهي لا تلغى هذه القوانين ، إذ أن إلغاء القوانين كسبها من اختصاص السلطة التشريعية . وبذلك يكون الامتناع عن تطبيق القانون المخالف للدستور قاصرا على القضية المعروضة ، حيث يظل مثل هذا القانون قائما .

ويمتاز هذا الرأي بأنه يكفل احترام سيادة الدستور ومبدأ الفصل بين السلطات في آن واحد . فهو يكفل احترام أحكام الدستور التي تعلو فوق جميع القوانين وتخضع لها سائر السلطات ، وذلك بتحويل المحاكم سلطة الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة لهذه الأحكام . ويحقق استقلال السلطة القضائية في أداء وظيفتها ، وهي تطبيق جميع القوانين وعلى رأسها الدستور ، مما يقتضى عند تعارض التشريعات تغليب التشريع الأعلى ، حيث يؤدي ذلك إلى الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور . ويحافظ على استقلال السلطة التشريعية كذلك في أداء وظيفتها ، إذ يجعل سلطة المحاكم في هذا الشأن قاصرة على مجرد الامتناع عن تطبيق هذه القوانين ، فهي لا تملك إلغائها ، لأن هذا الإلغاء من اختصاص السلطة التشريعية . ولذلك فهو الرأي السائد في أغلب الدول في الوقت الحاضر ، كالولايات المتحدة الأمريكية والنرويج وكندا والبرتغال واليونان . وهناك دساتير قليلة تحول المحاكم سلطة إلغاء القوانين المخالفة للدستور ، كدستور إيطاليا ودستور تشيكوسلوفاكيا ودستور النمسا .

٧٦ - الرقابة على دستورية القوانين في مصر :

يصلق في القانون المصري ماقلناه في الفقرة السابقة فيما يتعلق بالرقابة على دستورية القوانين من حيث الشكل .

أما في خصوص الرقابة على دستورية القوانين من حيث الموضوع فلم يعرض دستور سنة ١٩٢٣ ولا الدساتير التالية له لهذه المسألة . فأدى هذا إلى اختلاف في الرأي على الأكل في نطاق القضاء العادي . حيث ذهبت قلة قليلة من الفقه في الماضي إلى إنكار حق المحاكم في الرقابة على دستورية القوانين ما دام أن الدستور لم ينحطها هذه السلطة . وذهب جمهور الفقه إلى أن للمحاكم هذا الحق بحكم وظيفتها في تطبيق جميع القوانين ما دام أن الدستور لم يحرم عليها ذلك ، بحيث يمكن أن يقال إن إجحاح الفقه المصري الآن يكاد يتعقد على إثبات هذا الحق للمحاكم . أما القضاء العادي فقد ترددت أحكامه ، وهي قليلة في هذا الموضوع ، بين الاعتراف للمحاكم بهذا الحق وإنكاره عليها ، إلا أن

الاتجاه العام الذى يستفاد من هذه الأحكام هو أن المحاكم العادية لا تعطى نفسها هذا الحق .

ولما أنشئ مجلس الدولة أتيح لمحكمة القضاء الإدارى أن يعرض عليها هذا الأمر ، فانتهت إلى إثبات حق القضاء فى الرقابة على دستورية القوانين ، وذلك بأن يمتنع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور ، فهو لا يملك إلغاء هذه القوانين ما دام أن ليس فى الدستور نص صريح يخوله هذه السلطة . واستندت فى قضائها هذا إلى أن الدستور هو القانون الأعلى الذى يسمو على جميع القوانين وتخضع له الدولة فى تشريعها وقضائها . وأنه عند سكوت الدستور عن التعرض للرقابة القضائية يتعين على المحاكم بمقتضى الأصول الدستورية أن تمارس وظيفتها القضائية فى تطبيق جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، حيث يجب عليها بحكم هذه الوظيفة أن تطبق القانون الأعلى فى المرتبة وتستبعد القانون الأدنى إذا تعارض معه ، فإذا تعارض قانون مع الدستور وجب طرح القانون وتطبيق الدستور باعتباره القانون الأعلى الأحق بالاتباع . وأن الاستفادة من مبدأ الفصل بين السلطات أن السلطين التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الأخرى ، فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بإلغاء قانون باطل وإلا بسطت سيطرتها على السلطة التشريعية ، ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق قانون يتعارض مع النصوص والمبادئ الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها . وهذه هى ذات الحجج التى يستند إليها ذلك الرأى فى أغلب الشرائع الحديثة كما قدمنا .

وقد استقر قضاء هذه المحكمة على هذا الرأى (١) . ونرجو أن يكون هذا هو موقف القضاء العادى فى المستقبل ، حتى يتأكد حق القضاء جميعه فى الرقابة على دستورية القوانين :

(١) انظر بصفة خاصة فى هذا الصدد حكيمين شهرين لمحكمة القضاء الإدارى : أولهما فى ١٠ فبراير

سنة ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ١ - ٢٠٧ - ٢٨٤ . والثانى فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٢ ، المحاماة

المبحث الخامس

التقنين

٧٧- محريف :

التقنين Le code تشريع يجمع أكثر القواعد المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة مرتبة ومبوية ، كالتقنين المدني والتقنين التجارى وتقنين المرافعات. ويطلق اصطلاح التقنين كذلك على عملية التجميع ذاتها La codification. وكان يستعمل اصطلاح المجموعة بالنسبة إلى المدونة ذاتها ، فيقال مثلا المجموعة المدنية ؛ ومع ذلك فإنه من الناحية الرسمية تحمل المدونة عنوان القانون مقترنا باسم القرع الذى تنحى إليه القواعد الواردة فيها ؛ فالتقنين المدنى مثلا يحمل عنوان القانون المدنى، وتقنين المرافعات يحمل عنوان قانون المرافعات .

والتقنين بهذا المعنى الاصطلاحي هو التشريع الذى يتم تجميع قواعده بواسطة الهيئة المختصة بالتشريع ، فهو تجميع رسمى تقوم به السلطة التشريعية فى الدولة . ومن ثم لا يعتبر تقنيناً أى تجميع غير رسمى للقواعد القانونية غير المقننة المتعلقة بفرع من فروع القانون يقوم به فقيه أو كاتب أو هيئة علمية . حيث يعتبر مثل هذا التجميع مجرد عمل فقهي لا يصدق عليه وصف التقنين .

وليس من المستطاع أن يجمع التقنين كل القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون، ولهذا قلنا إنه تشريع يجمع أكثر هذه القواعد ، بمعنى أنه يضم الكتلة الرئيسية منها . إذ يوجد دائماً إلى جانب التقنين فى فرع معين قواعد أخرى تدخل فى نطاق هذا الفرع ولا يتضمنها التقنين . وهذه القواعد قد توجد فى تقنين آخر ، أو تصدر بها قوانين خاصة : أو تستمد من مصدر آخر غير التشريع . فثلاً يوجد إلى جانب التقنين المدنى فى مصر قواعد مدنية أخرى وردت فى تقنين المرافعات ، أو صدرت بها قوانين خاصة كقانون حق المؤلف وقانون الشهر العقارى وقانون إيجار الأماكن وقانون الإصلاح الزراعى، أو تستمد من مصدر آخر غير التشريع كالعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية.

٨٧ - مزايى التقنين :

عرضنا فيما تقدم (١) لأهمية التشريع ومزاياه الكبيرة باعتباره مصدرا رسميا للقانون . ومن البديهي أن هذه الأهمية والمزايا تتوفر للتقنين باعتباره تشريعا . ولما يراد من الإشارة إلى مزايى التقنين بوجه خاص تلك المزايا التى يحققها تجميع القواعد القانونية على النحو الذى يجرى فى التقنين . وتتلخص هذه المزايا فيما يأتى :

١ - يؤدى تجميع أكثر القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون فى مدونة واحدة إلى سهولة التعرف على هذه القواعد . إذ يصبح من اليسير على الباحث ، سواء كان قاضيا أو فقيها أو أى شخص آخر ، أن يتبين القاعدة التى يتقصاها . وبذلك تخف عنه مؤونة البحث عن هذه القاعدة فى تشريعات عدة متناثرة قد يصعب عليه الإحاطة بها فلا يتبين ما كان يجب عليه أن يلم به فى عمله .

٢ - ويتصل بهذه الميزة أن هذا التجميع يتطوى على تبويب القواعد القانونية وترتيبها على أساس علمى منطقى . وبذلك يمكن أن توضع كل قاعدة فى مكانها الصحيح من حيث طبيعتها القانونية . وهذا من شأنه أن يلقى الضوء أمام الباحث فى سبيل الوصول إلى الحلول الصحيحة . ولذلك فإن الجهود العلمية التى تبذل فى وضع التقنين تفوق إلى حد كبير ما يبذل من جهود فى وضع التشريعات الخاصة بموضوعات معينة .

٣ - وبالإضافة إلى ذلك فإن هذا التجميع يساعد على ملافاة التناقض بين القواعد القانونية المختلفة . ذلك أن التشريعات الخاصة تضعها لجان متباينة فى أوقات مختلفة ، وقد يحصل أن إحدى هذه اللجان لا تدخل فى حسابها جميع التشريعات التى سبق أن صدرت ولها صلة بالموضوع الذى تنظمه ، أو لا تتوفر على دراسة هذه التشريعات بالقدر الكافى ، فيزيد هذا من احتمال التعارض بين هذه التشريعات وما تضعه اللجنة من قواعد . أما التقنين فإنه يجعل أكثر القواعد المتعلقة بفرع معين تحت نظر القائمين به يدرسونها

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦١ .

ينسقون فيما بينها ، كما تبذل فيه من الجهود الكبيرة ما يجدر بما له من أهمية وخطر ،
وهذان العاملان من شأنهما أن يقللا من احتمال التعارض بين هذه القواعد .

٧٩ - تمر التقنين والرر عليه :

على الرغم من المزايا الضخمة التي تتوفر للتقنين ، سواء بوصفه تشريعا أو باعتباره
تجميعا ، فقد وجه إليه النقد بعض من الفقهاء على رأسهم الفقيه الألماني الكبير سافيني
Savigny . فهو لا يرون أن القانون حدث اجتماعي ينبعث من ضمير الجماعة ويتطور
من تلقاء ذاته تبعا لتغير أحوال المجتمع وظروفه ؛ ومن ثم يجب ألا تصب قواعده في
نصوص تشريعية تضيي عليه من الجمود ما يقعده عن مسايرة التطور . وهذا العيب
الذي يوجه إلى كل تشريع يكون أكثر ضررا في التقنين منه في التشريعات العادية .
ذلك أن الشارع لا يجمع عن التخلل لتعديل التشريع العادي كلما دعت الحاجة إلى ذلك .
أما التقنين فإنه نظرا إلى ضخامته وإلى الجهد الكبير الذي يبذل في وضعه وتنسيقه وتبويه
يكسب قدرا من المهابة والتقدس يجعل الإقدام على تعديله محوطا بالخطر الشديد ، فلا
يتخلل الشارع لتعديله إلا عند الضرورة القصوى :

وقد وجه هذا النقد عقب صدور التقنينات الفرنسية في أوائل القرن التاسع عشر ،
إذ تعتبر هذه التقنينات أول عمل تشريعي ضخم تقوم به دولة على هذا النحو في العصر
الحديث . ونظرا إلى ما تنازت به هذه التقنينات من منطق في الترتيب ودقة في الصياغة
ووضوح في العبارة فقد ظفرت بقدر كبير من الإعجاب والتقدير . حتى ساد في الفقه
الفرنسي حينذاك الاعتقاد بأن هذه التقنينات قد أحاطت بكل شيء ، فأخذ الفقهاء
في البداية يفسرون نصوصها تفسيراً حرفياً يلتزمون فيه حدود النص ويتحرون نية
واضحة ، ولذلك سمي هذا الاتجاه الفقهي « مدرسة الشرح على المتن » أو « مدرسة
الترام النص » . وقد أعطى هذا المسلك من جانب الفقه الفرنسي حجة لخصوم التقنين ،
إذ رأوا أن التقنين في ظل هذا الاتجاه يصيب القانون بجمود في تفسيره فضلا عما في
نصوصه من جمود .

ولكن الواقع أثبت عدم سلامة هذا النقد . ذلك أنه إذا كان التقنين يصيب القانون بشيء من الجمود في السنوات الأولى التي تلى وضعه ، بحيث لا يكون من السهل المسارعة إلى تعديله على النحو الذي يحصل بالنسبة إلى التشريعات العادية ، فإن هذا الوضع لا يستمر مدة طويلة . فحين يسفر التطبيق العملي عن نقص في التقنين أو عيب فيه يرى القضاة والفقهاء يسارعون إلى التوسع في تفسير النصوص بما يتلاءم مع تطور الظروف في المجتمع . ويساعدون على سلوك هذه السبيل أن التقنين يقتصر في الغالب على إيراد الأصول الكلية دون الدخول في التفاصيل مما يفتح الباب للاجتهاد بغية الوصول إلى حلول تواجه الأوضاع الجديدة في الحياة العملية . وآية ذلك أن الفقه الفرنسي مالبث أن تكشف له فساد خطته الأولى في تفسير النصوص تفسيراً حرفياً ، فعدل عن هذه الخطة من زمن بعيد وأخذ يساند القضاء في الوصول إلى حلول تواجه التطور الكبير في المجتمع الفرنسي . بحيث يمكن أن يقال إن القانون الفرنسي استطاع في ظل التقنين وعلى يد القضاء والفقه أن يساير التطور ويتواءم مع حاجات المجتمع المتجددة . وبذلك انتصح جلينا أن التقنين ليس من شأنه أن يحول دون أن يحفظ القانون بمرونته وقدرته على مسايرة التطور .

ولما نرى اليوم أن الشارع لا يألو جهداً في التدخل لسد نقص في التقنين أو تعديل أحكامه فيه كلما دعت الحاجة إلى ذلك . وكثيراً ما ينتهي الأمر بمضي الزمن وتغير الظروف في المجتمع إلى إعادة النظر في التقنين واستبدال غيره به يكون أوفى بالحاجة وأكثر ملاءمة للتطور . وهذا ما فعله الشارع المصري على أثر إلغاء الحاكم المختلطة في سنة ١٩٤٩ .

٨٠ - انتشار مركز التقنين في العصر الحديث :

عرف التقنين من قديم . من ذلك أن القانون الروماني قن مرتين : الأولى في أول مرحلته في مجموعة الألواح الأثني عشر التي وضعت في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد . والثانية في المرحلة الأخيرة من تكوينه في مجموعات جوستينيان المشهورة التي

وضعت في القرن السادس الميلادي : وهذا التقنين الأخير هو أهم تقنين وضع في الشرائع القديمة .

وبقيت الشريعة الإسلامية غير مقتنة إلى أن قام الاتراك في عهد الدولة العثمانية بتجميع أحكامها المتعلقة بالمعاملات في مجلة الأحكام العدلية التي صدرت في سنة ١٨٦٩ هـ . وهي المعروفة باسم المجلة . وقد كانت مطبقة في تركيا وغيرها من البلاد التي كانت تابعة للدولة العثمانية فيما عدا مصر ، وظلت مطبقة إلى وقت قريب في بعض البلاد العربية كسوريا والعراق ولبنان وليبيا .

كذلك صدرت عدة تقنينات في عهد القانون الفرنسي القديم . ولكن حركة التقنين الحديثة زادت واتسع نطاقها على أثر صدور التقنين المدني الفرنسي المعروف بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤ وما تلاه من تقنينات أخرى في أغلب فروع القانون : حيث أخذ مشرعو البلاد الأخرى ينسجون على منوال هذه التقنينات سواء في البلاد الغربية أو الشرقية .

٨١ - مركز التقنين في مصر :

لم تظهر حركة التقنين في مصر في العصر الحديث إلا في عهد الإصلاح القضائي الذي بدأ بإنشاء المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ وإنشاء المحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ ، فعلى الرغم من أن مصر كانت تابعة للدولة العثمانية ، لم تطبق فيها مجلة الأحكام العدلية التي قننت فيها هذه الدولة أحكام المعاملات في الشريعة الإسلامية وأصدرتها في سنة ١٨٦٩ ، نظرا إلى ما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعي وقضائي .

وقد جاء التقنين في مصر تابعا لحركة إنشاء المحاكم . فلما أرادت مصر أن تصلح نظام الامتيازات الأجنبية أنشأت المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ هـ ، وكلفت الحكومة المصرية أحد المحامين الفرنسيين المقيمين في مصر بوضع ستة تقنينات على غرار التقنينات الفرنسية كي تطبقها هذه المحاكم على الجاليات الأجنبية . فتم بذلك وضع التقنين المدني ، والتقنين التجاري ، والتقنين البحري ، وتقنين المرافعات ، وتقنين العقوبات ، وتقنين تحقيق الجنايات .

ثم أنشئت المحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ ، فوضعت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة . كما وضعت لها لائحة جديدة صدرت في يونية سنة ١٨٨٣ ، وظلت معمولاً بها حتى استبدل بها قانون نظام القضاء الذي صدر في سنة ١٩٤٩ . وقد أظهر العمل ما في هذه التقنينات جميعاً من نقص وعيوب كثيرة . فقد وضعت بسرعة غير مألوفة في ظروف خاصة ، ونقلت بأكملها تقريباً من قانون أجنبي واحد بطريقة يغلب عليها الاختصار الخلل في كثير من المواضع ، فهي لا تختلف عن التقنينات الفرنسية إلا اختلافاً يسيراً يرجع في الغالب إلى اقتباس أحكام قليلة من الشريعة الإسلامية : ومن ثم لم يكن هناك بد من تنقيحها ومراجعتها مراجعة شاملة : وكان أول حانق من التقنينات الوطنية هو تنقيح العقوبات وتنقيح الجنايات في سنة ١٩٠٤ ، ثم تنقيح هذان التقنينان ثانية في سنة ١٩٣٧ عقب اتفاقية مونترو للتوحيد بين القانون الوطني والقانون المختلط في هذا الخصوص : وعندما أريد إلغاء المختلطة بدأت حركة تنقيح شاملة ترتب عليها إلغاء معظم التقنينات الوطنية والمختلطة وإصدار تقنينات جديدة موحدة . فصدر التقنين المبدئي الجديد في ١٦ يولية سنة ١٩٤٨ ، وصدر تنقيح المرافعات الجديد في ٢٩ يونية سنة ١٩٤٩ ، على أن يعمل بهما ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو تاريخ إلغاء المحاكم المختلطة : وصدر تنقيح الإجراءات الجنائية الجديد في ٣ سبتمبر سنة ١٩٥٠ بدلا من تنقيح تحقيق الجنايات . أما بقية التقنينات فكان العمل جارياً في مراجعتها وتنقيحها .

والآن في ظل النظام الاشتراكي الذي تأخذ به مصر تكونت عدة لجان لمراجعة التقنينات جميعها مرة أخرى وتنقيحها على النحو الذي يتفق مع روح النظام الجديد ويستجيب لمقتضياته .

الفرع الثاني

المصادر الاحتياطية

٨٢ - الحاجة إلى مصادر احتياطية :

وأبنا أن التشريع هو المصدر الرسمي العام للقاعدة القانونية، بحيث يشمل اختصاصه جميع المسائل بحسب الأصل . لكن الشارع لا يسهه أن يحيط في التشريع بجميع القواعد اللازمة لتنظيم الروابط والأوضاع الموجودة أو التي يمكن أن تستجد في المجتمع . فالنقص في التشريع فطري بحكم طبيعة الأشياء . ولذلك كان لابد من وجود مصادر أخرى احتياطية يتلمس فيها القاضي القاعدة التي ينشدها حينها تعوزه قاعدة في التشريع .
والمصادر الاحتياطية هي الدين في مسائل الأحوال الشخصية، والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية في مسائل المعاملات المالية . وصنع من لها على التوالي .

المبحث الأول

الدين

٨٣ - تطور مركز الدين كمصدر رسمي للقانون في مختلف الترائع برمه عام :

الدين وحى من عند الله سبحانه وتعالى ينزله على نبي من أنبيائه ، فيلقى به إلى الناس من العقائد والقواعد ما يرشدهم في معاشهم وفي معادهم . فهو يشمل واجب الإنسان نحو ربه ، وواجبه نحو نفسه ، وواجبه نحو الناس .

والذى يعنينا من الدين في هذا المقام ، كمصدر رسمي للقانون ، هو مجموعة القواعد الدينية التي تستمد من الدين مباشرة ويؤخذ الناس بها بمقتضى جزاء دنيوى يوقع عند مخالفتها . إذ في هذه الحالة فحسب نكون بصدد قواعد قانونية مصلها الرسمي هو الدين .

أما القواعد الدينية التي يقتصر الجزاء فيها على استنكار الضمير أو يكون الجزاء فيها أخروياً فلا تدخل في نطاق القانون (١) :

وقد خضع الدين كمصدر رسمي للقانون بهذا المعنى لتطور محسوس . فقد كان له شأن كبير في المجتمعات القديمة إلى جانب العرف ، بينما طغى عليه التشريع في أغلب المجتمعات الحديثة ، وإن كان دوره يختلف في الدول الغربية عنه في الدول الشرقية . والأديان السماوية ثلاثة ، هي اليهودية والمسيحية والإسلام . وقد عرض الإسلام واليهودية لأمر الدنيا بالقلدر الذي عرضاه لأمر الآخرة ، فقتضما إلى جانب ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق قواعد تنظم الروابط الاجتماعية ، ولذلك كان كل منهما ديناً وقانوناً . أما المسيحية فقد تناولت بصفة أساسية ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق ، ولم تعرض للروابط الاجتماعية إلا بقدر يسير . ويرجع ذلك إلى ظروف العصر الذي نزل فيه الدين المسيحي ، فقد جاء في وقت تسود فيه شريعة موسى وشريعة الرومان ، ومن ثم لم تكن هناك حاجة إلى مزيد من القواعد الدنيوية ، وإنما كانت الحاجة إلى الهداية الروحية والمبادئ الأخلاقية :

ومنصخص كلا من الدين المسيحي والدين الإسلامي بكلمة موجزة في المعنى الذي نعالجه في هذا المقام :

٨٤ - (١) الدين المسيحي :

انتشر الدين المسيحي في البلاد الغربية . وعلى الرغم من أنه لم يتضمن من القواعد المنظمة للروابط الاجتماعية إلا القليل النادر ، فقد وضع رجال الكنيسة كثيراً من القواعد القانونية في شئون مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والتسب والميراث والوصية والعقود ، تأثروا فيها بروح الدين المسيحي والقانون الروماني ومبادئ القانون الطبيعي :

(١) وهذه التفرقة واضحة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ، فهم يميزون بين ما هو ملزم قضاء وما هو ملزم ديانة ، أي بين القواعد القانونية والقواعد الدينية . فن القواعد الدينية ما هو ملزم قضاء كالقواعد المتعلقة بالزواج والطلاق أو وقلة التصاعد بالتزلمه ؛ ومنها ما هو غير ملزم قضاء كترك البيع عند صلاة الجمعة .

وتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسى : فهو قانون ليس مصدره المباشر الدين المسيحى ، وإنما هو من عمل رجال الكنيسة ، وقد خضعت البلاد الغربية والبلاد الشرقية المسيحية فى القرون الوسطى عهودا طويلة ، وساعد على ذلك ضعف السلطة الزمنية وتمكن الكنيسة من بسط سلطانها ، فكان حيثئذ مصدرا رسميا للقانون فى هذه البلاد . ولما استردت السلطة الزمنية فى البلاد الغربية نفوذها تقوض سلطان الكنيسة بفصلها عن الدولة فصلا تاما ، فزالت قوة القانون الكنسى كمصدر رسمى ، وأصبح مصدرا تاريخيا لفريق من القواعد القانونية وعلى الأخص ما يتعلق بالزواج . أما فى البلاد الشرقية فقد ظل القانون الكنسى حتى اليوم مصدرا رسميا فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسيحيين . وسرى أن هذا القانون يعتبر مصدرا رسميا فى القانون المصرى لبعض مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالمسيحيين كغيره من الديانات الموجودة فى مصر .

٨٥ - (٢) الدين الاسموى :

أما الدين الإسلامى فقد انتشر فى البلاد الشرقية . وقد نزل دينا ودولة ، فلم يقتصر على ما يتعلق بالعقيدة والأخلاق والعبادات ، بل تناول كذلك الروابط الاجتماعية فى إفاضة وإسهاب ، سواء ما يتعلق منها بالأحوال الشخصية أو بالمعاملات المالية . حيث تضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والعقود والحدود أى الجرائم والعقوبات ، وغير ذلك من روابط الأسرة والروابط المالية والقوانين الجنائية . وقد وردت هذه القواعد فى المصدين الأساسيين للشريعة الإسلامية ، وهما الكتاب والسنة ، فهى أحكام جاءت فى القرآن أو فى أحاديث جرى بها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم . ثم أضاف الفقه إلى هذين المصدين اثنين آخرين ، هما الإجماع والقياس ، حيث تولى شرح هذه الأحكام واستنبط منها ومن روحها ومعناها ، وبذلك استوت الشريعة الإسلامية نظاما قانونيا كاملا يضارع أرقى النظم القانونية فى العالم ، بل ويفوقها فى نواح كثيرة : وكان المفروض أن يظل هذا النظام سائدا فى البلاد

الإسلامية يسد حاجاتها ويسير التطور فيها . غير أن باب الاجتهاد قد أقفل لغير سبب معقول ، فأدى هذا إلى جمود ذلك النظام بوقوفه عند الحدود التي كانت له في عصوره الأولى .

وقد ظلت الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً للقانون في جميع المسائل في البلاد الإسلامية إلى ما بعد منتصف القرن الماضي . وما زال كذلك في قليل من البلاد الإسلامية كالمملكة العربية السعودية والجمهورية العربية اليمنية . أما في أكثر البلاد الإسلامية ، ومن بينها مصر ، فقد نشطت حركة التشريع ، حيث اقتبست قواعده من القوانين الغربية ومن الشريعة الإسلامية ، وبذلك تخلف مركز الشريعة بين المصادر الرسمية ، وإن كانت ما زال هي المرجع الأساسي في مسائل الأحوال الشخصية :

٨٦ - الدين كمصدر رسمي للقانون المصري :

تطور مركز الدين كمصدر رسمي للقانون المصري بدرجة كبيرة . فبعد الفتح الإسلامي إلى عهد محمد علي كانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي للقانون المصري بوجه عام ، حيث كانت تطبق على جميع الأشخاص وفي كل المسائل سواء تعلقت بالأحوال الشخصية أو المعاملات المالية . واستثنى من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، إذ كانوا يخضعون في هذه المسائل لشرائعهم الدينية .

ومنذ عهد محمد علي إلى عهد إسماعيل بدأ تخلخل القانون الفرنسي في مصر ، حيث وضعت بعض تشريعات مستمدة من هذا القانون ، فبلى بقانون التجارة وبعض قواعد القانون الجنائي . وترتب على ذلك أن أخذ نفوذ الشريعة الإسلامية يقل بقدر ما يبصر من هذه التشريعات .

ولما أنشئت المحاكم المختلفة في سنة ١٨٧٥ ، ثم المحاكم الوطنية في سنة ٨٨٣ ، صدرت القوانين المختلفة التي تقدم ذكرها ، وهي التقنين المدني والتقنين التجاري والتقنين البحري وتقنين المرافعات وتقنين العقوبات وتقنين تحقيق الجنايات . وقد نقلت (٨ - أصول القانون)

هذه التقنيات عن القانون الفرنسي باقتضاب ، فيما عدا بعض أحكام قليلة استمدت من الشريعة الإسلامية كالشفعة والبيع في مرض الموت والنهن وبعض مسائل في البيع والإيجار . واعتبر صدور هذه التقنيات ناسخا لأحكام الشريعة الإسلامية فيما تم تقنينه ، فلم تعد الشريعة مصدرا رسميا للقانون في هذا النطاق ، وصارت مصدرا تاريخيا للقواعد التشريعية التي استمدت منها .

وقد أغفلت هذه التقنيات التعرض لنوعين من المسائل : النوع الأول مسائل الأحوال الشخصية بوجه عام ، والنوع الثاني المسائل المتعلقة بالوقف والهبة والحكر ، وهذه تدخل في نطاق المعاملات المالية . وبذلك أصبح دور الشريعة الإسلامية قاصرا على كونها مصدرا رسميا في هذه المسائل التي أغفلتها التقنيات . واستثنى من تطبيقها غير المسلمين فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية كما كان مقررا من قبل ، فهم يخضعون في هذا الخصوص لشرائعهم الدينية .

وقد تضمن التقنين الحالي تنظيما للهبة والحكر باعتبارهما من مسائل المعاملات المالية . وبذلك أصبحت المسائل التي أغفلتها التقنيات قاصرة على الوقف ، ومسائل الأحوال الشخصية . وستبين إلى أي حد يعتبر الدين الآن مصدرا رسميا في هذه المسائل في القانون المصري .

٨٧ — أولا : الوقف :

يقصد بمسائل الوقف ، المنازعات والمسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله في مرض الموت (م ١٦ / ١ من قانون نظام القضاء) . وقد كانت هذه المسائل قبل صدور التقنيات الأولى خاضعة للشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين وغير المسلمين ، وظلت كذلك بعد صدور هذه التقنيات ، لأن نظام الوقف نشأ في الفقه الإسلامي ، كما أنه لا يتصل بالعقيدة الدينية .

ثم أصدر الشارع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف : وقد استمدت قواعد هذا القانون من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا تاريخيا

لذلك القواعد التشريعية ، ولكنها بقيت مع هذا مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه في المسائل التي لم يتناولها التشريع . فقد جاء في المذكرة التفسيرية « أن هذا القانون ليس شاملا لكل أحكام الوقف ، وأنه فيما عدا الأحكام الواردة به يجب الرجوع إلى الراجح من منحنب الإمام أبي حنيفة » .

٨٨ - ثانيا : مسائل الأحوال الشخصية :

كان المقصود بالأحوال الشخصية وتحديد ما يدخل فيها من مسائل محل خلاف في الفقه والقضاء .

وقد عرضت محكمة النقض لهذا البيان فقالت إن « المقصود بالأحوال الشخصية هو مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي ترتب القانون عليها أورا قانونيا في حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية . أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية ، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية . وإذا فالوقف والهبة والوصية والتفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها هي من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وباستحقاقه وعدم استحقاقه . غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية ، وكلها من عقود التبرعات ، تقوم غالبا على فكرة التصديق المنسوب إليه ديانة ، فالجاء هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها عن اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها » (١) .

كما عرضت له المادتان ١٣ و ١٤ من قانون نظام القضاء (رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) ، وهما بصدد تحديد ولاية المحاكم على مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى الأجانب . فقالت المادة ١٣ : « تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة

(١) نقض مدني في ٢١ يوتية سنة ١٩٢٤ ، مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٤٥٤ رقم ٢٠٠ .

بمالة الأشخاص وأهليتهم ، أو المتعلقة بنظام الأسرة كالحطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والندوة ونظام الأموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والضرع ، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها ، والعلاقة بين الأصول والفروع ، والالتزام بالحققة للأقارب والأصهار ، وتصحيح النسب والتبني ، والولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالإدارة والقبية ، وباعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالموارث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت . وقالت المادة ١٤ : تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك « (١) » .

وفي ضوء هذا البيان نتكلم في الهبة ، ثم في الأهلية والولاية على المال ، ثم في الميراث والوصية ، ثم في المسائل المتعلقة بالأسرة .

٨٩ - (١) الهبة :

الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض (م ١/٤٨٦ مدني) . وقد كانت معتبرة من الأحوال الشخصية ، ولكنها لا تعتبر الآن كذلك ، حيث عني الضنين المدني الحالي بإيراد أحكامها كاملة باعتبارها عقدا من العقود المالية . وقد استمد الشارع أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصلرا تاريخيا لهذه الأحكام :

وما دامت الهبة أصبحت الآن من مسائل المعاملات المالية ، فلا تعتبر الشريعة الإسلامية بالنسبة إليها مصلرا رسميا احتياطيا إلى التشريع مباشرة ، وإنما تأتي الشريعة بعد التشريع والعرف .

(١) وهذان النصان مأخوذان من المادة ١٠ من اتفاق مونترو .

٩٠ - (٢) الأهلية والولاية على المال :

الأهلية هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب نفسه ، أما الولاية على المال فصلاحيه الشخص لمباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر لا تتوافر له الأهلية لمباشرتها أو يوجد مانع من مباشرته إياها :

وتعتبر الأهلية والولاية على المال من مسائل الأحوال الشخصية التي أغفلتها التقنينات الأولى ، فظلتا على ما كانتا عليه محكومتين بالشرائع الدينية . حيث يخضع المسلمون للشرعية الإسلامية ، وتخضع غير المسلمين لشرائعهم الدينية .

ولكن نظرا إلى عدم اتصال هذين الموضوعين بصميم الناحية الدينية ، فقد وُجد الشارع القواعد المتعلقة بهما بالنسبة إلى المصريين جميعا على اختلاف دياناتهم . فأصدر قانون المجالس الحسبية في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، ثم استبدل به القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ خلاص بالحاكم الحسبية ، ثم استبدل بهذا الأخير فيما يتعلق بأحكامه الموضوعية القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ خلاص بأحكام الولاية على المال . وهذا بالإضافة إلى القواعد التي وردت في هذا الخصوص في التقنين الملحق الحالي :

وقد استمدت هذه القواعد التشريعية الموحدة من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا ماديا أو تاريخيا لتلك القواعد . وتعتبر هذه الشريعة كذلك مصدرا رسميا احتياطيا إلى التشريع في المسائل التي لا يوجد بشأنها قاعدة في التشريع ، وذلك بالنسبة إلى جميع المصريين سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين .

٩١ - (٣) الميراث والوصية :

لم تعرض التقنينات المصرية للميراث والوصية باعتبارهما من مسائل الأحوال الشخصية كما قلنا ، وبذلك ظل الوضع بالنسبة إليهما كما كان عليه من قبل :

فالأصل أن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق في شأن الميراث والوصية على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين باعتبارها الشريعة العامة ؛ ولكي

يباح لغير المسلمين استثناء ، أن يحكموا إلى شرائعهم الدينية في هذا الشأن ، وذلك بشرطين : الأول هو اتحاد الخصوم في الدين والملة ، والثاني هو اتفاق ذوى الشأن الذين يعتبرون وريثة في حكم الشريعة الإسلامية على الخضوع لشريعتهم الدينية .

ويتضح من هذا أن الشريعة الإسلامية في خصوص الميراث والوصية هي الشريعة العامة ، وأن اختصاص الشرائع الدينية الأخرى في هذا الشأن اختصاص استثنائي ، لأنه رهين بتراضى ذوى الشأن من غير المسلمين على الاحكام لشريعتهم الدينية إذا انحذوا في الدين والملة (١) . وقد أصدر الشارع في هذا المعنى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ ببيان القانون الواجب التطبيق في مسائل الموارث والوصايا ، حيث نص في مادة وحيدة فيه على ما يأتي : « قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيما هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا ، على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقا على أن يكون التوريث طبقا للشريعة المتوفى » .

وقد أصدر الشارع القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ بشأن الموارث ، والقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية ، واستمد أحكامهما من الشريعة الإسلامية ، فأصبحت هذه الشريعة مصدرا ماديا أو تاريخيا لهذه الأحكام ، ولكنها بقيت مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه في المسائل التي لا يوجد بشأنها قاعدة في هذين التشريعين .

وعلى هذا النحو تكون الشريعة العامة في الميراث والوصية هي هذان القانونان وما يكملهما من أحكام الشريعة الإسلامية . وهذا هو المعنى الذى عبر عنه القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ المشار إليها بقوله إن « قوانين الموارث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيما هي قانون البلد فيما يتعلق بالموارث والوصايا » . كما نصت المادة ١/٨٧٥ ملقى على أن « تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها » . ونصت المادة ٩١٥

(١) انظر في هذا المعنى : تقص مدنى في أول إبريل سنة ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٤

مدنى على أنه وتسمى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها .

فالشريعة العامة بهذا المعنى هى التى تسمى على جميع المصرين فى خصوص الميراث والوصية ، سواء كانوا مسلمين أو غير مسلمين . إنما يباح استثناء لغير المسلمين أن يحتكوا إلى شرائعهم الدينية بالشروط التى تقدم ذكرها .

٩٢ - (٤) المسائل المتعلقة بالأسرة :

يراد بهذه المسائل ذلك الفريق من مسائل الأحوال الشخصية الذى يتصل بصميم الناحية الدينية ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين المتبادلة ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والحضانة والنفقة .

وقد تركت هذه المسائل عند وضع التقنينات المصرية خاضعة للشرائع الدينية كما كان الحال من قبل . فالمسلمون يخضعون فى هذا الخصوص لأحكام الشريعة الإسلامية . أما غير المسلمين فيجب أن تفرق فى شأنهم بين حالتين : الحالة الأولى حين يتحد الخصوم فى الدين والملة ، وحينئذ يخضعون للقواعد الدينية الخاصة بهم ، بحيث لا يحل لهم التراضى على الاحتكام إلى شريعة دينية أخرى ولو كانت هى الشريعة الإسلامية . فى هذه الحالة يكون اختصاص الشريعة الدينية الخاصة بالخصوم ملزما لهم ، وليس رهينا باتفاقهم ، نظرا إلى أن الأمر يتعلق بمسائل وثيقة الاتصال بالناحية الدينية كما قلنا . والحالة الثانية حين يختلف الخصوم فى الدين أو الملة ، وحينئذ تطبق عليهم الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة .

وقد أصدر الشارع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، حيث أورد فىهما قواعد جزئية خاصة ببعض المسائل المتعلقة بالأسرة بالنسبة إلى المسلمين ، كالمهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتطليق والتفريق . فأصبح المصدر الرسمى لهذه القواعد هو التشريع ، وصارت الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا أو تاريخيا لها ، ولكنها بقيت مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه فى الحالات التى لا يوجد بشأنها قاعدة

تشريعية . ويسرى هنا على المسلمين ، كما يسرى على غير المسلمين إذا اختلف الخصوم في الدين أو الملة .

أما غير المسلمين إذا اتحد الخصوم في الدين والملة فلا توجد بالنسبة إليهم قواعد تشريعية خاصة بالمسائل المتعلقة بالأسرة ، ولذلك يخضعون في هذا الشأن للقواعد الدينية الخاصة بهم كما قلنا .

٩٣ - فروع مجتمعة فيما يتعلق بمركز الدين كمصدر رسمي للقانون المصري :

يخلص مما تقدم أنه بعد صدور التقنينات المصرية الأولى بقي الدين مصدرا رسميا للقانون المصري في مسائل الوقف والأحوال الشخصية :

ثم صدرت عدة تشريعات تناولت فريقا من هذه المسائل ، منها ما هو موحد بالنسبة إلى المصريين جميعا ، ومنها ما هو غير موحد ، فترتب على ذلك أن ضاق نطاق الدين كمصدر رسمي يقلد ما وضع من قواعد تشريعية ،

وقد تبين لنا أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم ، وذلك بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين . أما الشرائع الدينية غير الإسلامية فاختصاصها استثنائي مقيد ، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع . فهذه الشرائع لا تنطبق إلا على غير المسلمين إذا اتحد الخصوم في الدين والملة ؛ كما أنها لا تنطبق في هذا النطاق على وجه الإلزام إلا في المسائل المتعلقة بالأسرة ، أما في مسائل الميراث والوصية فإن تطبيقها يكون رهينا باتفاق الخصوم على الاحتكام إليها ؛

وقد كانت المحاكم الشرعية هي الجهة ذات الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين . فكانت تختص بالنظر في مسائل الوقف ، ومسائل الأحوال الشخصية التي لم يتم توحيد قواعدها ؛ وكانت المجالس المالية تختص بالنظر في هذه المسائل الأخيرة بالنسبة إلى غير المسلمين بالشروط والقيود التي ذكرناها . ثم ألغى الشارع المحاكم الشرعية والمجالس المالية وأحال اختصاصها إلى المحاكم العادية ، وذلك بعقضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ :

ولم يترتب على هذا الإلغاء تغيير في الوضع السابق من حيث المصادر التي يرجع إليها في مسائل الأحوال الشخصية . إذ أن المحاكم العادية التي آل إليها الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا ما زالت تقضى في هذه المسائل بمقتضى الشريعة الإسلامية أو الشرائع الدينية الأخرى تبعا لدبائنة الخصوم في الحدود التي رأيناها . فقد نصت المادة السادسة من قانون الإلغاء المشار إليه على أن « تصلر الأحكام في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتي كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة (١) - أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين لم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصلر الأحكام في نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم » .

ومن ثم يكون المقصود بكون الدين مصدرا رسميا للقانون المصرى أن الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة التي يرجع إليها طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة في كل مالم يتناوله التشريع بالتنظيم من مسائل الوقف والأحوال الشخصية، وأن الشرائع الدينية الأخرى لها اختصاص استثنائى مقيد حيث يرجع إليها في الحدود التي ذكرناها . وإننا لنأمل أن يتوحد قانون الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعا كما توحد القضاء (٢) . وهناك الآن لجان تعمل للوصول إلى هذه الغاية ، وإذا كان للشريعة الإسلامية هذا الدور في نطاق الأحوال الشخصية والوقف ،

(١) تنص هذه المادة على أن « تصدر الأحكام طبقا للحدود في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة » ، عابدا الأحوال التي ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد .

(٢) ويكون التعليل على ضرورة وضع قانون للأحوال الشخصية يشمل القواعد التي تسرى على المسلمين وغير المسلمين من المصريين أن تعرف أن الطوائف غير الإسلامية في مصر ست حرة طائفة ؛ وأن أكثر القواعد الدينية التي تطبق عليها غير مدون ، وليس من اليسر أن يحتذى إليها عامة المتقاضيين ، وهى مبسوطة في مظهرها بين متون الكتب السبابة وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت ؛ مبعثرة في كتب لاتينية أو يونانية أو صربية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضيين (المذكرة الإيضاحية لقانون إلغاء المحاكم الشرعية وللجانس المالية) .

خسرى أنها في غير هذا النطاق تنفرد بكونها مصدرا رسميا احتياطيا يرجع إليه إذا لم توجد قاعدة في التشريع أو العرف .

المبحث الثاني

العرف

٩٤ - عناصر الموضوع :

يقضي الكلام في العرف أن نعرف أولا مفناه ، وكيف تطور مركزه في مختلف الشرائع بوجه عام ، وما يتصل بذلك من المزايا التي تنهض به والعيوب التي تؤخذ عليه . ثم نعرض لأركانه كي نقف على الشروط التي يلزم توافرها لقيامه ، وهو ما يؤدي بنا إلى التفرقة بينه وبين العادة الاتفاقية . ثم نتبين في ضوء ما تقدم أساس قوته الملزمة . وأخيرا نحدد مدى الدور الذي يقوم به ، حيث يظهر مركزه بين المصادر الرسمية للقانون وخاصة القانون المصري ، كما يتضح نصيبه في فروع القانون المختلفة .

المطلب الأول

التعريف بالعرف ومزاياه وعيوبه

٩٥ - تعريف . تطور مركز العرف كمصدر رسمي للقانون في مختلف الشرائع بوجه عام :

العرف *La coutume* ، كمصدر رسمي للقانون ، هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة . ويطلق اصطلاح العرف كذلك على القواعد القانونية ذاتها التي تنشأ من اعتياد الناس على مثل هذا السلوك . فالاصطلاح ذاته يستعمل أحيانا بمعنى المصدر ، ويستعمل أحيانا أخرى بمعنى القواعد التي تستمد من هذا المصدر .

والعرف بهذا المعنى هو أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع البشرى كما سبق أن قلنا . فهو المصدر الذى توحى به الفطرة في مجتمع بدائى . ولذلك كان له الشأن الأول في المجتمعات القديمة ، حيث تسيطر التقاليد ، ولا توجد من الضرورات الاجتماعية ما يدعو السلطة الحاكمة إلى التدخل لفرض قواعد قانونية . فإذا تقدمت المدنية وازدادت نواحي النشاط في المجتمع ، أصبح العرف قاصرا عن الوفاء بحاجة الجماعة إلى القواعد التى تنظم الحياة فيها ، وظهرت إلى جانبه مصادر أخرى تهذب منه وتحل محله ، وهى الدين والقانون الطبيعى وخاصة التشريع . وهذه هى الحال في الشرائع القديمة جميعها :

فقد بدأ القانون الرومانى مجموعة من القواعد العرفية . حتى إذا تقدمت المدنية الرومانية جمعت هذه القواعد في الألواح الاثنى عشر المعروفة وأصبح التشريع إلى جانب العرف مصدرا رسميا للقانون . وكان القضاء والفقهاء مصدرين رسميين كذلك في المكانة الأولى من الأهمية في نشوء القانون وتطوره .

وكان هذا أيضا هو شأن الشريعة الإسلامية . فقد كانت الأمة العربية في عصر الجاهلية خاضعة لمجموعة من العادات اصطليح بعضها بصيغة الدين الوثنى ، وكانت قبائل متفرقة لا يجمعها سلطان واحد ، حتى تهيأ لها طريق الوحدة العربية بظهور الرسالة المحمدية . ولما بعث النبي صلى الله عليه وسلم رسولا قل شأن العرف وقام الدين مصدرا رسميا للقانون . ومع ذلك فقد بنى العرف مصدرا للقانون في الشريعة الإسلامية ، ولا يزال من المبادئ المقررة في هذه الشريعة أن العادة محكمة ، بمعنى أن يجعل حكمها لإثبات حكم شرعى .

كذلك بدأ القانون الإنجليزى مجموعة من العادات التى تخضع لها القبائل الانجلوسكسونية ، ثم اقترنت بعادات القبائل النورماندية التى قضت الجزيرة الإنجليزية في القرن الحادى عشر . ولما تطورت المدنية الإنجليزية صار القضاء مصدرا رسميا للقانون إلى جانب العرف . ثم قام التشريع مصدرا آخر فأصبح هو والقضاء المصدرين الرسميين الرئيسيين في الشريعة الإنجليزية في الوقت الحاضر .

كما بدأ القانون الفرنسى القديم عرفا ، ثم امتزج به القانون الرومانى بعد الفتح

الرومانى ، ثم وجد قانون الكنيسة . وبعد ذلك انقسمت فرنسا إلى قسمين : القسم الشمالى يطبق العرف ، والقسم الجنوبى يطبق القانون الرومانى ؛ ولما قويت الملكية فى فرنسا جمعت قواعد العرف وقام إلى جانبها التشريع كمصدر رسمى للقانون . وما زال التشريع يقوى حتى صدرت تقنينات نابليون فأصبح هو المصدر الرسمى الرئيسى فى القانون الفرنسى .

ويتضح من هذه النظرة السريعة فى الشرائع القديمة وما صار إليه الأمر فى العصر الحديث أنه بقدر ما تتقدم الحياة الاجتماعية ويقوى سلطان الدولة تزداد أهمية التشريع فى وضع القواعد القانونية . وقد أصبح التشريع أهم مصدر رسمى للقانون فى أغلب الدول الحديثة ، وبقي العرف مصدراً احتياطياً يكمل ما فى التشريع من نقص ، حيث يلجأ إليه إذا لم تكن هناك قاعدة فى التشريع .

٩٦ - مزايا العرف :

تقابل مزايا العرف عيوب التشريع :
فقد رأينا أن التشريع يؤخذ عليه أن قواعده قد تأتى غير ملائمة لظروف المجتمع ، وأنها إذا جاءت ملائمة لهذه الظروف حين وضعها ، فإن صحتها فى نصوص مكتوبة يضىء عليها من الجمود ما يقف بها عن مسايرة التطور ، وقد يقعد الشارع عن تعديلها على النحو الذى يستجيب لمقتضيات هذا التطور (١) .

أما العرف فإنه يتكون مما جرى الناس عليه فى معاملاتهم الاقتصادية وأحوالهم الاجتماعية ، ومن ثم تتميز قواعده بأنها تعبر أصداق تعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع فى تنظيم علاقاتهم ، فتكون بحكم نشأتها على هذا النحو ملائمة للظروف الاجتماعية . كما تؤدى هذه الطريقة ذاتها فى نشوء القواعد العرفية إلى تطورها بتطور الظروف فى المجتمع ، فتظل على وجه الدوام ملائمة لهذه الظروف :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦٢ .

٩٧- عيوب العرف :

تقابل عيوب العرف مزايا التشريع ، وهي كثيرة :

(١) فقد رأينا أن التشريع يمكن منه بسرعة وسهولة لمواجهة الأوضاع الجديدة في المجتمع ، كما يمكن المساعدة إلى تعديله كي يسير التطور في الحياة الاجتماعية . أما العرف فإنه يهكون من اعتياد الناس على سلوك معين حتى يتوفر له الاستقرار والثبات . فهو أداة بطيئة في تكوين القواعد القانونية ، بحيث يقصر عن تزويد الجماعة في العصر الحديث بما تحتاج إليه من قواعد لمواجهة حاجاتها المتجددة بالسرعة الواجبة .

(٢) ويمتاز التشريع بأنه يوضع في نصوص مكتوبة ، فتأتي قواعده في صياغة محكمة تكفل الاستقرار والأمن في التعامل وتساعد الأفراد على معرفة حقوقهم وواجباتهم . أما العرف فإن قواعده تتكون تدريجيا ، كما يتقصها الوضع والتحديد ، ولذلك قد يصعب التثبت من وجود القاعدة ، أو التحقق من مضمونها ، مما ينافي الاستقرار والأمن في المعاملات .

(٣) ويعتبر التشريع أداة لتوحيد النظام في الدولة ، إذ أن قواعده تنفذ في كل إقليم الدولة ، فتكون عاملا على تحقيق الوحدة القومية . بينما العرف أكثره محلي ، ولذلك فهو يؤدي إلى تعدد النظم في الدولة الواحدة ، الأمر الذي يفكك وحدتها ويعرقل تقدمها .

(٤) ويصاح التشريع أداة لتطوير المجتمع ، حيث يمكن من إدخال النظم والأخذ بالمبادئ التي ينادى بها المصلحون أو يقتبسونها من خارج بيئتهم (١) . أما العرف فإنه يمثل نزعة المحافظة على القديم بما تنطوى عليه من حب التقاليد والحرص على المألوف ، بحيث لا يكون التخلص منه أمرا يسيرا . ولذلك فهو لا يتيح الفرصة للأخذ بالأفكار الجديدة التي يرى فيها المصلحون خيرا للجماعة إلا بعد زمن طويل .

على أن هذه المقارنة بين العرف والتشريع ، إن كانت تدل دلالة واضحة على تخلف مرتبة العرف بالنسبة إلى التشريع في أغلب القوانين الحديثة ، فإنها لا تعني إمكان

(١) انظر فيما تقدم تفصيلا لمزايا التشريع فقرة ٦١ .

الاستثناء عن العرف كصدر رمى للقانون . إذ أن النقص في التشريع أمر لا مبدل إلى ملاقاته بحكم طبيعة الأشياء كما قلنا ، ولهذا فإن العرف مصدر لا غنى عنه ، حيث يكمل ما في التشريع من نقص ، كما يعاونه في تحديد المعايير التي يعجز عن تناولها بسبب ما لها من طابع خاص يوجب تركها للظروف أو البيئة . وسرى تفصيلا لذلك عند الكلام في الوظائف التي يقوم بها العرف .

المطلب الثاني

أركان العرف

٩٨ - ركناه للعرف :

رأينا أن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بها ملزمة .

ويتضح من هذا التعريف أن العرف يقوم على ركنين : ركن مادي ، وهو اعتياد الناس على سلوك معين . وركن معنوي ، وهو اعتقاد الناس بأن القاعدة التي نشأت من هذا السلوك قاعدة ملزمة .

٩٩ - الركن المادي : الاعتياد :

قوام الركن المادي للعرف هو اعتياد الناس على نوع من السلوك في خصوص أمر من أمور حياتهم الاجتماعية . حيث تنشأ بينهم عادة نتيجة اتباعهم لسلوك معين واطراد العمل به . فهي عادة لا تفرضها سلطة معينة كما هو الحال بالنسبة إلى التشريع ، ولا توحى بها جهة معينة كما هي الحال بالنسبة إلى القواعد التي يستقر عليها القضاء أو الفقه ، وإنما تنشأ مما يخطئه الأفراد لأنفسهم من قواعد في ضوء الظروف المحيطة بهم . فقد يحصل أن عددا قليلا من الأشخاص يسلكون طريقة معينة في تنظيم أمر يعينهم يوحى من عقولهم وعلى هذه الظروف التي تحيط بهم ، ثم يتكرر هذا المسلك من غيرهم بحكم

غريزة حب التقليد ، والميل إلى ما هو مألوف ، وإثارة على غير المعروف : وهكذا تطرد العادة وتستقر ، حتى تصبح ثابتة ويرسخ أثرها في النفوس :

ومن ثم يشترط في العادة usage التي يقوم عليها الركن المادى للعرف ما يأتي :

(١) فيجب أن تكون العادة عامة . ويرجع هذا الشرط إلى خاصة التجريد والعموم التي تثبت لكل قاعدة قانونية ، حيث يجب في العرف أن يكون عاما بهذا المعنى . ومن هذا ينبغي ألا تكون العادة قاصرة على أشخاص معينين بالذات ، وإنما تتوجه إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم . كما ينبغي أن يسود اتباعها لدى الأغلبية من الأفراد في النطاق الذي تنطبق فيه . فقد تكون شاملة لكل إقليم الدولة . وقد تقتصر على جهة معينة من هذا الإقليم ، فيكون العرف حينئذ محليا . وقد تقتصر على طائفة محدودة من الأشخاص يزاولون مهنة معينة كالسجائر والمزارعين ، فيكون العرف حينئذ مهنيا أو طائفا . بل إنها قد تقتصر على شخص واحد كرئيس الدولة حين يعتاد على إصدار نوع خاص من القرارات ، إذ ينشأ في هذه الحالة عرف ينحوله إصدار مثله هذه القرارات . ففي كل هذه الصور لا يتحتم أن يقع العادة جميع الأفراد الذين يعينهم حكمها في النطاق الذي نشأت فيه ، بل يكفي أن يسود اتباعها لدى الأغلبية منهم .

٢ - ويجب أن تكون العادة قديمة . بمعنى أن يكون قد مضى على نشوئها مدة هي من الطول بحيث تدل على رسوخ أثرها في النفوس وقيام عرف مستقر على أساسها : وليست هناك مدة محددة في هذا الشأن ، فهي تختلف باختلاف نوع السلوك ومدى تكراره في حياة الأفراد ، ولذلك يقدرها القاضى بحسب الظروف .

٣ - ويجب أن تكون العادة ثابتة . ويراد بذلك أن يطرد اتباعها بطريقة منظمة على نحو يتوفر فيه معنى الاستقرار . فلا يتبعها الناس في أوقات ويعدلون عنها في أوقات أخرى . على أن هذا لا يعنى أن عدول بعض الأشخاص عن اتباعها يكفي لنفي الثبات عنها . فالعبرة في هذا الشأن بغلبة اتباعها في أكثر الحالات . وهذه مسألة يقدرها القاضى كما هي الحال في شرط التقدم ، إذ أن قدم العادة وثباتها أمران يساهمان في استقرار العرف .

٤ - ويشترط أخيراً ألا تكون العادة مخالفة للنظام العام أو الآداب في المجتمع ؛
إذ أن العرف الذي يتطوّر على هذه المخالفة لا يكون قانوناً (١) ؛
ويصلق هذا الشرط على إطلاقه بالنسبة إلى العرف المحلي ، وكذلك العرف المهني
أو الطائفي . فلا يصح أن يتعارض مثل هذا العرف مع ما استقر في الجماعة بأسرها من
مبادئ متعلقة بالنظام العام والآداب ، سواء كانت هذه المبادئ مقررة بنصوص
تشريعية أم لم تكن كذلك .

أما فيما يتعلق بالعرف الشامل لجميع الناس في كل إقليم الدولة فلا يتصور أن
يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب إلا إذا كان يتعارض مع نص تشريعي آمر ، إذ في
هذه الحالة لا تجوز مخالفة التشريع بعرف شامل . وفيما عدا هذه الحالة يكون العرف
الشامل ، وقد تكون في ضمير الجماعة بأسرها ، قد ساهم في تحديد مضمون فكرة
النظام العام والآداب ، وهي فكرة مرنة متطورة كما سبق أن رأينا ، مما لا يتصور معه
اشتراط موافقة مثل هذا العرف للنظام العام والآداب في الجماعة ؛

١٠٠ - الركن المعنوي : عقيدة الأعراس :

لا يكفي لقيام العرف أن تتكون العادة بالشروط التي ذكرناها ، بل يجب كذلك
أن يتوفر الركن المعنوي للعرف ، بمعنى أن يتولد الاعتقاد لدى الناس بأن هذه العادة
ملزمة باعتبارها قاعدة قانونية لها جزاء مادي توقعه السلطة العامة جبراً على من يخالفها ،
شأنها في ذلك شأن القاعدة التشريعية سواء بسواء .

ويتكون هذا الاعتقاد تدريجياً ، حتى يأتي الوقت الذي يصبح فيه أمراً محققاً ؛
ولذلك فإنه في مرحلة هذا التكوين قد يختلف الشراح والمحاكم في أن عادة معينة قد
أصبحت عرفاً ، كما أن البعض قد يراها مجرد عادة لا ترقى إلى مرتبة العرف ثم يعود

(١) وتليقاً لذلك نصت المادة ٣٤ من الدستور على أن « حرية الاعتقاد مطلقة ، وتحمى الدولة
حرية القيام بشعائر الأديان والمعتقد طبقاً للعادات المرمية ، على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب » .
كما أن القوانين الخاصة بالنظام القضائي في شبه جزيرة سيناء وواحة سيوة ، والولايات الداخلية
والخارجية والبحرية ، تتطوّر بالعرف الموجود في هذه الجهات وتجعل له الأفضلية على التشريع ، ولكنها
تخضع في الأخير به أن يكون مطابقاً للمدالة والآداب والمقوق الطبيعية .

بعد ذلك فيعتبرها عرفاً . فإذا جاء الوقت الذي يسود الاعتقاد فيه بأن هذه العادة أصبحت ملزمة ، صارت عرفاً لا سبيل إلى الجدل فيه .

فالذي يميز العرف عن العادة بالمعنى الذي قلناه هو هذا الركن المعنوي . فطالما لم يتم في ذهن الناس اعتقاد بأن عادة معينة أصبحت ملزمة ، فإن هذه العادة لا تعتبر عرفاً ، أى لا تكون قانوناً ملزماً (١) .

ويلاحظ أن هناك فريقاً من العادات ينشأ بين الناس على سبيل المجاملة ، كتبادل الهدايا في مناسبات معينة وتبادل الزيارات والتهنئة والمواساة ونحو ذلك . ومثل هذه العادات لا تعيننا في هذا المقام ، إذ لا صلة لها بالعلاقات القانونية بين الناس ، فهي من قبيل المجاملات التي لا يتصور شعور الناس بالالتزام لإزاعها .

أما العادة بالمعنى المقصود في هذا المقام فهي التي تتصل بالعلاقات القانونية بين الأفراد بحيث يقوم عليها الركن المادى للعرف كما قلنا . وقد رأينا أنها تنشأ من اتباع الأفراد لها في معاملاتهم ، ولذلك يقال لها العادة الاتفاقية . وسنفرق الآن بينها وبين العرف ، ثم تبين النتائج التي تترتب على هذه التفرقة .

١٠١ - التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

إن الذي يميز العرف عن العادة هو أن العرف يتمتع له الركنان المادى والمعنوي ، أما العادة فلا يتوفر لها سوى الركن المادى . فالعرف تثبت له قوة الإلزام باعتباره

(١) قد يقع خلط أحياناً بين العرف والعادة . وقد ساعد على هذا الخلط أن الشارع نفسه استعمل أحياناً لفظ العادة بمعنى العرف الملزم ، واستعمل أحياناً آخرى لفظ العرف بمعنى العادة التي لم ترق بعد إلى مرتبة العرف .

ولكن التصحيح الصحيح الذي يجمع عليه الفقه أن لفظ العرف *coutume* يطلق على القاعدة القانونية الملزمة ، وأن لفظ العادة *usage* يطلق على القاعدة التي لم ترق بعد إلى مرتبة العرف لاعتبارها إلى حد ما الإلزام . ويؤيد ذلك أن الشارع نفسه استعمل لفظ العرف عندما حدد المصادر الرسمية للقانون في المادة الأولى من المقتضى المرفق .

قاعدة قانونية ، بينما تقتصر العادة إلى هذه القوة . ومؤدى هذا أن العرف ينطبق فيلتزم به الأفراد إذا توافرت شروط انطباقه كما هو الشأن في أية قاعدة قانونية ، دون أن يتوقف ذلك على إرادتهم . أما العادة فلا تكون لها هذه القوة النهائية في الالتزام ، لأنها ليست قاعدة قانونية ، ومن ثم لا يلتزم بها الأفراد إلا حين يريدون ذلك باشتراطها في معاملاتهم صراحة أو ضمنا ، وحينئذ تستمد قوتها الملزمة من اتفاق المتعاقدين على العمل بمقتضاها ، ولهذا جرى الاصطلاح على تسميتها بالعادة الاتفاقية *usage conventionnel*

ومن أمثلة العادة ما تجرى به العادة بين تجار الفاكهة عند البيع بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرة أو مائة وعشرين إلى غير ذلك بحسب نوع المبيع واختلاف المناطق . وما تجرى به العادة في بعض المحال العامة كالفنادق والمطاعم والمقاهي من قيام العملاء بدفع وهبة (بقتيش) بنسبة معينة من قيمة الحساب إلى القائمين بالخدمة في هذه المحال ، وإن كانت هذه العادة قد بدأت تتحول إلى عرف . وما تجرى به العادة من أنه إذا اشترك شخصان ، فقدم أحدهما رأس المال وتهد الثاني بإدارة الأعمال ، فإن توزيع الأرباح بينهما يكون بنسبة الثلثين للشريك الذى قدم رأس المال وبنسبة الثلث للشريك الذى قام بإدارة الأعمال .

ويلاحظ أن القواعد التى ينشأ العرف ، كغيرها من القواعد القانونية ، قد تكون قواعد أمرة ، وقد تكون قواعد مكلة . ومن أمثلة القواعد العرفية الأمرة الحقوق التى كانت ثابتة للأجانب في مصر بمقتضى العرف قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية . وكذلك حق الزوجة في بعض البلاد ، كفرنسا ، في أن تسمى بالقب زوجها ، ومن أمثلة القواعد العرفية المكلة اعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة بين المسلمين في مصر . وكذلك العرف الموجود في شبه جزيرة سيناء والوحدات .

وقد رأينا أن القاعدة القانونية المكلة هى التى يجوز إبرام تصرف بما يخالف حكمها ، فهى تكون ملزمة للأفراد إذ لم تنجح إرادتهم حين التصرف إلى ما يخالف الحكم الذى تقرره . ومن هذا يتبين القارق بين العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية المكلة . فالعادة الاتفاقية لا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقا على الأخذ بها صراحة أو ضمنا ،

ولهذا قلنا إنها تستمد قوتها الملزمة من اتفاقهما على العمل بمقتضاها . بينا القاعدة المسكلة لا تلزم المتعاقدين إلا إذا لم يتفقا على ما يخالف حكمها ، إذ أن عدم وجود مثل هذا الاتفاق هو شرط انطباق تلك القاعدة كاسبق أن فصلنا (١) . فإذا وجد اتفاق بين المتعاقدين ينظم المسألة التي تعنيهما ، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو كان ضمنيا يستفاد من ظروف التعاقد ، وجب الأخذ بهذا الاتفاق في جميع الأحوال : وإذا لم يوجد هذا الاتفاق فإن العادة لا يؤخذ بها ، أما القاعدة المسكلة فيجب تطبيقها ،

وهناك حالات يحيل فيها الشارع بمقتضى النص على العادة الاتفاقية ، فيرغمها بذلك إلى مرتبة العرف الملزم ، حيث تصبح كالقاعدة المسكلة يجب تطبيقها ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف حكمها . ففي هذه الحالة لا يكون تطبيق العادة رهينا بإرادة الطرفين المتعاقدين ، وإنما تطبق إذا لم يتفقا على خلاف ما تقتضى به سواء انجهت إرادتهما إلى الأخذ بها أو لم تتجه إلى شيء من ذلك ، شأنها في هذا شأن القاعدة القانونية المسكلة : إذ أن العادة حيث لا تستمد قوتها الملزمة من إرادة الطرفين المتعاقدين ، بل تستمد هذه القوة مع نص القانون ؛

ومن أمثلة هذه الحالات ما نصت عليه المادة ٢٣٢ مدني من أنه « لا يجوز تناقض فرائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والمعادن التجارية » . وما نصت عليه المادة ٤٣٢ مدني من أنه « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء » وذلك طبقا لما تقتضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . وما نصت عليه المادة ١٠١٩ مدني من أنه « تخضع حقوق الاتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها ولما جرى به عرف الجهة والأحكام الآتية » . ويلاحظ أن المقصود بالعرف في هاتين المادتين الأخيرتين هو العادة الاتفاقية .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٩ .

١٠٢ - نتائج التفرقة بين العرف والمادة الاتفاقية :

تقوم التفرقة التي ذكرناها بين العرف والمادة الاتفاقية على أساس أن العرف قاعدة قانونية ، بينما المادة مجرد قاعدة ألفها الناس في التعامل ، فلا تكون ملزمة لهم إلا باعتبارها شرطا يرد صراحة أو ضمنا في التعاقد . ويترتب على هذه التفرقة نتائج هامة نذكر منها ما يأتي :

(١) فإدام أن العرف قانون فيجب على القاضى أن يطبقه من تلقاء نفسه في الدعوى المرفوعة أمامه . إذ أن تطبيق القانون من واجب القاضى ، فلا يلزم أن يطلب منه ذلك من له مصلحة من الخصوم . أما المادة الاتفاقية فتعتبر شرطا من شروط العقد ، ولذلك ينبغي أن يتمسك بها من له مصلحة من الخصوم حتى يطبقها القاضى .

(٢) ويرتبط بهذه النتيجة أن الخصم لا يكون عليه أن يثبت العرف ، إذ أن تطبيق القانون من عمل القاضى وحده ، والقاضى مفروض فيه أن يكون على علم بالقانون فلا يكلف أحد باثباته . ولهذا يجب على القاضى أن يتحرى وجود العرف كما يتحرى وجود التشريع ، إذ أن من واجبه أن يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق . أما المادة الاتفاقية فلأنها شرط من شروط العقد لا يفترض علم القاضى بها . ولهذا يجب على من يتمسك بها أن يثبت وجودها ، كما يثبت انجاء إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها .

(٣) ويطبق العرف سواء علم به الخصوم أو لم يعلموا به ، حيث لا يجوز الاعتذار بجهل أحكام القانون . أما المادة فإنها لا تنطبق إلا على أساس انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها ، وهنا يقتضى بطبيعة الحال أن يكونا على علم بها ، فإذا جهلها أحدهما أو كلاهما فلا تنطبق ، إذ لا يمكن في هذه الحالة أن تكون إرادتهما قد انصرفت إلى التقيد بها .

(٤) وينحصر تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، إذ أن وظيفة هذه المحكمة هي مراقبة صحة تطبيق القانون . أما المادة فهي من قبيل الواقع الذى يكون التقدير فيه لقاضى

الموضوع دون معقب ، فلا يخضع القاضي لرقابة محكمة النقض في تقدير وجودها أو انصراف الإرادة المتعاقدين إلى التقييد بها . وستفصل هذه المسألة في الفقرة التالية .

١٠٣ - الوثبات ورقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالعرف والعادة الاحتياطية :

لكي يتضح ما هنالك من فارق في هذا الشأن بين العرف والعادة الاتفاقية يجدر أن نشير إلى التفرقة بين القانون والواقع في الدعوى . فالادعاء يحق أمام القضاء يثير البحث في عنصرين : الأول هو وقائع الدعوى ، وهذه يطالب المدعى بإثباتها ، والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ، فلا يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض . والثاني هو القانون الذي يطبق على ما ثبت لدى القاضي من وقائع ، وهذا التطبيق من عمل القاضي وحده ؛ فلا يكلف الخصم باثبات في هذا الخصوص ، ويخضع القاضي في هذا التطبيق لرقابة محكمة النقض . فثلا إذا رفع المشتري على البائع دعوى بتسليم المبيع ، كان على المشتري أن يثبت عقد البيع ، وهذه مسألة موضوعية يقرها القاضي أو ينفيها بحسب ما يتوافر لديه من الأدلة دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض . فإذا ثبت عقد البيع لدى القاضي وجب عليه أن يطبق القاعدة القانونية التي تفرض على البائع التزاما بتسليم المبيع ، وهذه القاعدة لا يكلف الخصم إثباتها ، ويخضع القاضي في تطبيقها لرقابة محكمة النقض .

وتطبيقا لهذا قلنا إن الخصم لا يكون عليه أن يثبت العرف لأنه قانون ، والقاضي مفروض فيه أن يكون على علم بالقانون ، ومن واجبه أن يطبقه على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى ، لافرق في ذلك بين قاعدة تشريعية وقاعدة من قواعد العرف ، فهو يتحرى وجود العرف كما يتحرى وجود التشريع . أما العادة الاتفاقية فلائها شرط منه شروط العقد تعتبر من قبيل الواقع ، فيكون على الخصم الذي يتمسك بها أن يثبتها كما يفعل في سائر شروط العقد الصريحة أو الضمنية ، فهو يثبت وجودها ، كما يثبت اتجاه إرادة المتعاقدين إلى التقييد بها .

على أن ثمة اعتبارا على يفرق بين العرف والتشريع في هذا الخصوص : فالتشريع نصوص مدونة يسهل التعرف عليها : أما العرف فقانون غير مكتوب ، وقد يكون من

العير على القاضى أن يحيط به ولاسيما إذا كان عرفا عليا أو طائفا يختلف باختلاف الجهات والمهن ، ولهذا فإن مع مصلحة الطرف الذى يتمسك به أن يقوم باثباته ، كما أن القاضى يستطيع أن يطلب منه هذا الاثبات . ولكن ليس من شأن هذا الاثبات أن يجعل العرف فى منزلة الواقعة التى تستقر إلى الإثبات ، إذ يظل على الرغم من ذلك قانونا لا يطلب الخصم إثباته . وآية ذلك أن القاضى إذا كان يلم بالعرف فإنه يأخذ به من تلقاء نفسه ، وإذا لم يكن ملما به كان فى وسعه أن يأخذ به متى اقتنع بوجوده بأية وسيلة وفى أية حالة كانت عليها الدعوى ، دون أن يتقيد فى هذا بالأوضاع التى يخضع لها إثبات الوقائع :

كذلك قلنا تطبيقا لما تقدم إن تطبيق العرف يخضع لرقابة محكمة النقض لأنه قانون ، أما المادة الاتفاقية فهى من قبيل الواقع الذى يكون التقدير فيه لقاضى الموضوع دون معقب ، فلا يخضع للقاضى لرقابة محكمة النقض فى تقدير وجودها أو انصراف إرادة المتعاقدين إلى التقيدها :

وقد أدى الاعتبار العملى الذى ذكرناه إلى وجود خلاف فى الفقه حول مدى خضوع القاضى لرقابة محكمة النقض فى التثبت من وجود العرف وفى تطبيقه . فذهب رأى إلى أن التثبت من قيام العرف بترك أمره لقاضى الموضوع ، فلا يخضع فيه لرقابة محكمة النقض ، أما تطبيق العرف بعد أن ثبت قيامه فيخضع لرقابة محكمة النقض . وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى ، فقضت بأن تثبت قيام العرف من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض عليها (١) . ولكن الرأى الذى زاه صوابا ، وهو رأى جمهور الفقه ، أن قاضى الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض سواء فى التثبت من قيام العرف أو فى تطبيقه له . وهذا هو النظر السليم الذى يتفق مع كون العرف قانونا . وقد قبل لتبرير عدم رقابة محكمة النقض لأمر التثبت من وجود العرف ، إن هذه الرقابة تؤدى بمحكمة النقض إلى البحث فى الوقائع الاجتماعية التى ساهمت فى تكوين العرف . مع أن قاضى الموضوع لا يخضع لسلطة هذه المحكمة فى تقديره للوقائع :

(١) نقض ملف فى ١٨ أبريل سنة ١٩٥٧ ، المائدة ٣٨ - ٥٤٣ - ٧٤٢ .

ويلاحظ على هذا التبرير أن الوقائع التي يتمتع على محكمة النقض أن تخوض فيها هي وقائع النزاع في الدعوى المعروضة عليها ، وهي الوقائع التي يجري تطبيق القانون عليها ، أما الوقائع الاجتماعية التي أدت إلى قيام العرف فهي بعيدة عن هذا النطاق . وقد قلنا إن الصعوبة العملية التي يتعرض لها قاضي الموضوع في تقصي وجود العرف ، إذا كانت تبيح له أن يطالب الخصم بإثباته ، فليس من شأنها أن تؤدي إلى تجاهل الاعتبارات القانونية التي تخول محكمة النقض أن تبسط رقابتها في هذا الشأن . ولا وجه لأن نفرق فيما يتعلق بهذه الرقابة بين التثبت من وجود العرف وتطبيقه ، إذ أن رقابة محكمة النقض على صحة تطبيق العرف ، وقد أصبحت أمرا مسلما ، تقتضي حتما أن تتحقق ابتداء من وجود هذا العرف . فلها أن تعقب على قاضي الموضوع إذا طبق عرفا غير قائم . كما أن لها أن تعقب عليه إذا أغفل عرفا قائما ، سواء تمسك به الخصم أو لم يتمسك (١) ، وسواء نجح في إثباته أو لم ينجح ، وسواء فطن القاضي إليه أو لم يظن .

المطلب الثالث

أساس القوة المفرقة للعرف

١٠٤ - يستمد العرف قوته الملزمة من إرادة الجماعة :

منذ أن صارت للتشريع الغلبة على العرف بين المصادر الرسمية للقانون ثار البحث في أساس القوة الملزمة للعرف لمعرفة مركزه بالنسبة إلى التشريع من حيث قدرته على خلق القواعد القانونية :

فذهب رأى قديم إلى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو إرادة الشارع الضمنية . فإدام الشارع لا يفترض على العرف الذي يكون في المجتمع فإن هذا يعني أنه قد رضى به رضاه ضمنيا . وبذلك يستمد العرف قوته الملزمة من إرادة الشارع الضمنية ، بينما

(١) قانون حكم محكمة النقض المشار إليه (١٨ أبريل سنة ١٩٥٧) .

يستمد التشريع هذه القوة من إرادة الشارع الصريحة . ويلاحظ على هذا الرأي أن العرف سابق في وجوده على التشريع . كما أن إرادة الشارع في حقيقتها ليست إلا تعبيراً عن إرادة الجماعة . ف سواء كان الشارع هيئة معينة ، أو حتى فرداً واحداً ، فإنه ليس سوى أداة تستخدمها الجماعة للتعبير عن إرادتها في نصوص تشريعية .

وذهب رأى آخر إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من الضمير الجماعي : وذلك استناداً إلى أنه سابق في وجوده على التشريع ، بدليل ما كان عليه الحال في الجماعات القديمة . فهو ينشأ ويتطور في ضمير الجماعة نتيجة لموامل مختلفة ، دون أن تتدخل في خلقه وتطوره سلطة خارجية .

وهناك من يرى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو قضاء المحاكم . فإذا اطردت أحكام المحاكم واستقرت على قاعدة معينة أصبحت هذه القاعدة عرفاً ملزماً ؛ أى أنه هذه الأحكام هي التي تخلق العرف وتعطيه القوة الملزمة . ولا يقدح في هذا القول أن يكون القضاء في أصله بقاعدة عرفية قد استلهم الاتجاهات والأفكار السائدة في الجماعة ، إذ أنه باطراده واستقراره على هذه القاعدة هو الذي يخلق عليها وصف القاعدة القانونية الملزمة . ويؤخذ على هذا النظر أن العرف يفكون مما يخطئه أفراد المجتمع فيما بينهم ويمجرون على اتباعه إلى أن يرسخ أثره في نفوسهم ويتولد لديهم الاعتقاد بأنه ملزم لهم . وإذا كان للقضاء فضل لا ينكر في تحليد مضمون العرف ، وفي تأكيد قوته الملزمة ، فإن هذا لا يعنى أنه ينشئ العرف أو يعطيه هذه القوة . وحتى في الحالات التي يهيئ فيها القضاء لقيام عرف باستقراره على معنى واحد ، فإن العرف لا يوجد حينئذ إلا بعد أن يجرى الناس على اتباعه ويقوم الاعتقاد لديهم بأنه ملزم : فالعرف قانون ملزم قبل أن تطبقه المحاكم ، وما تطبق المحاكم لتقاعده إلا تقرير لصفتها القانونية .

كما يذهب رأى آخر في الفقه الحديث إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه ونتم وجوده لتنظيم المجتمع . فالثبات اللازم للروابط بين الأفراد يقضى بأن تكون القاعدة العرفية ملزمة . كما أن الأخذ بهذه القاعدة يتفق مع غرائز الإنسان الطبيعية التي تتمثل في احترام العرف الثابت . هذا إلى أنها بحسب شروطها ترضى المصالح المتعارضة التي كثيراً ما يقصر التشريع عن التوفيق بينها .

وبلاحظ على هذا الرأي أن ضرورة العرف لتنظيم المجتمع إنما هي التي تبرر اعتباره مصدرا للقواعد القانونية ، وليست هي التي تعطيه القوة الملزمة .

وفي ضوء هذا كله ننهي إلى أن الرأي الذي نعتقد في سلامته هو الذي يذهب إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادته الجماعية . فشمواقه ثابتة لاجتدال فيها ، وهي أن العرف كان المصدر الرسمي للقانون في الأزمنة القديمة ، فهو سابق في وجوده على الدين والتشريع ، ولهذا قلنا إنه أول مصدر رسمي للقانون ظهر في تاريخ المجتمع البشري . كما أن العرف يتكون من اعتياد الناس لتعريفا على سلوك معين يختصونه لأنفسهم في تصرفاتهم حتى يسود بينهم ويستقر أثره في نفوسهم . وهذان الأمران يدلان دلالة واضحة على أن العرف يستند في قوته الملزمة إلى الإرادة الجماعية لأفراد المجتمع . فهو بهذا تعبير مباشر عن إرادة الجماعة ، بينما التشريع تعبير غير مباشر عن هذه الإرادة ، إذ أن إرادة الشارع تستمد قوتها كما قلنا من إرادة الجماعة . فأساس القوة الملزمة للعرف هو بعينه أساس القوة الملزمة لأية قاعدة قانونية أخرى . فالقاعدة القانونية أيا كان مصدرها إنما تستمد قوتها الملزمة من إرادة الجماعة . وليست المصادر الرسمية للقواعد القانونية إلا وسائل للتعبير عن هذه الإرادة :

وإذا كان الشارع في المادة الأولى من التقنين الملنى يعترف بالعرف كمصدر رسمي للقانون ، فإنه لا يضيف بهذا الاعتراف أمرا جديدا فيما يتعلق بالقوة الملزمة للعرف ، إذ أن هذه القوة تتوفر للعرف دون حاجة إلى ذلك الاعتراف . غاية الأمر أن الشارع في هذا النص حدد مرتبة العرف باعتباره مصدرا احتياطيا يكمل مافى التشريع من نقص ، بحيث لا يلجأ إليه إلا إذا لم تكن هناك قاعدة في التشريع . وسرى أن للعرف وظائف أخرى غير ذلك يصرح بها الشارع في النص في حالات معينة :

المطلب الرابع

دور العرف في القانون المصري

١٠٥ - ملأه العرف في القوانين المصرية :

يتبين لنا مما تقدم أن العرف في الأزمنة القديمة كان المصدر الرسمي للقانون الذي لايزاحمه مصدر آخر ، ثم ظهر الدين بعد ذلك فأخذ يهذب منه ويحل محله . ولما سارت المجتمعات في طريق التقدم وزاد النشاط فيها وتعقدت الروابط الاجتماعية ظهر التشريع كأداة ضرورية للوفاء بحاجة الجماعة إلى القواعد اللازمة في هذا الشأن ، وما زالت تزداد أهمية التشريع حتى احتل مكان الصدارة بين مصادر القانون في أغلب القوانين الحديثة ، بل إنه أخذ يطفى على ماعداء من مصادر إلى حد كبير .

ومع ذلك فقد بقي العرف مصدراً لاغنى عنه في هذه القوانين : فهو وإن أصبح في المرتبة الثانية بعد التشريع ، إلا أن وجوده كمصدر احتياطي بكل مآلى التشريع من نقص أمر حتى . فقد رأينا أن النقص في التشريع لا يمكن ملافاته ، وذلك بحكم طبيعة الأشياء التي تجعل إحاطة الشارع بكل شيء أمراً متعذراً ، وبحكم التطور الذي لا يقف عند حد فيؤدى إلى خلق صور من العلاقات لم تخطر للشارع على بال .

وهذا هو شأن العرف في القانون المصري ، فضلاً عن وظائف أخرى تعرض لها فيما يلى .

١٠٦ - مركز العرف بالنسبة إلى التشريع في القانون المصري :

الوظيفة الأساسية للعرف هي تكملة النقص الموجود في التشريع : وعلى هذا النحو يأتي العرف في المرتبة الثانية بعد التشريع ، فإذا لم يجد القاضى قاعدة تشريعية يطبقها على النزاع المعروض عليه التجأ إلى العرف .

يضاف إلى ذلك أن الشارع قد يعرض لمسألة معينة ، فيستعين في القاعدة التي

يضعها بالعرف لتحقيق أغراض مختلفة ، كتتظيم هذه المسألة من أساسها ، أو تحديد بعض المعايير المرتبة في شأنها ، أو تفسير نية المتعاقدين .

كما أن الشارع قد يرى في بعض الحالات أن القاعدة العرفية أكثر ملاءمة من القاعدة التشريعية ، فيضع هذه الأخيرة ولكنه يجعل القاعدة العرفية الأفضلية عليها إن وجدت ، وهذا يثير البحث في مدى قدرة العرف على مخالفة أو إلغاء التشريع .
فهذه وظائف ثلاث للعرف نعرض لها فيما يلي ، فتتكمّل في العرف المكمل للتشريع ، ثم في العرف المعاين له ، ثم في العرف المخالف له .

١٠٧ - العرف المكمل للتشريع :

يأتى العرف في المرتبة الثانية بعد التشريع لإكمال ما فيه من نقص . وتقول المادة الأولى من التقنين المدني في هذا المعنى : « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف . . . » . كما تقول للمذكرة الإيضاحية لمشروع هذا التقنين : « الواقع أن العرف هو المصدر الذى يلى التشريع في المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضى مباشرة إذا افتقد النص . . . فالعرف هو المصدر الشعبى الأصيل الذى يعصل اتصالا مباشرا بالجماعة ، ويعتبر وسيلة فطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يحجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استصحابها على النص : ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التى تسرى في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعالم على السواء (١) » .

وعلى هذا النحو يعتبر العرف في القانون المصرى مصدرا رسميا تكميليا يلجأ إليه القاضى إذا أحرزته قاعدة في التشريع . وعلى الرغم من إطلاق العبارة الواردة في المذكرة الإيضاحية فإن العرف لا يعتبر مصدرا لقواعد القانون الجنائى ، حيث لا جريمة ولا عقوبة

إلا بنص . أما في سائر فروع القانون الأخرى فيعتبر العرف مصدرا رسميا ، وإن كان نصيبه يختلف باختلاف هذه الفروع كما سترى .

١٠٨ - العرف المعاداة للتشريع :

قد يعرض الشارع لمسألة معينة ، فيستعين في القاعدة التي يضعها بالعرف لتحقيق أغراض يكون العرف بالنسبة إليها أكثر ملاءمة من التشريع أو أقلر على تحقيقها ، كما يتضح مما يأتي :

١ - فهناك حالات يترك فيها الشارع للعرف تنظيم المسألة التي يعرض لها في النص : من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٣ مدنى من أن «الفوائد التجارية التي تسرى على الحساب الجارى يخضع معرفها القانونى باختلاف الجهات ، ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى » . ففى هذا النص ترك الشارع تحديد طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى للعرف التجارى ، وفى حالات أخرى يستعين الشارع بالعرف فى تحديد بعض المعايير المرة التي يتخذها فى القاعدة المنصوص عليها .

من ذلك ما تنص عليه المادة ١٤٨ فقرة ثانية مدنى من أنه « لا يقصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستزماته ، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » . فالالتزامات التي تترتب على العقد باعتبارها من مستزماته ، ولولم ترد فيه ، يستعين الشارع فى تحديدها بالعرف .

وما تنص عليه المادة ٤٣٢ مدنى من أنه « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . فتحديد ملحقات الشيء وما أعد بصفة دائمة لاستعماله يستعين الشارع فيه بالعرف .

وما تنص عليه المادة ٤٤٨ مدنى من أنه « لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه » . فالبايع يلتزم نحو المشتري بضمان ما فى المبيع من عيوب خفية تنقص من قيمته أو نفعه ، وذلك فيما عدا العيوب البسيطة ، وهذه يستعان فى تحديدها بالعرف :

(٣) كما يستعين الشارع بالعرف في تفسير نية المتعاقدين .

من ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٠ فقرة ثانية مدنى من أنه « إذا كان هناك عمل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النسبة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهانة في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبئ أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى في المعاملات » .

وما تنص عليه المادة ٩٥ مدنى من أنه « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر للعقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » .

ويلاحظ أن الإحالة في هذين النصين وإرادة على عادة اتفاقية لم ترق إلى مرتبة العرف الملزم ، إلا أن الشارع بهذه الإحالة الصريحة رفعها إلى مرتبة العرف ، فأصبحت كالقاعدة المسكلة يجب تطبيقها ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف حكمها (١) .

١٠٩ - مدى فقرة العرف على فائدة التشريع أو إلغائه :

رأينا أن القاعدة ، بمقتضى المادة الأولى من الترتين المدنى ، أن العرف لا يطبق في مسألة معينة إلا إذا لم يوجد نص تشريعى في هذه المسألة . ومقتضى هذا أنه لا يجوز أن يخالف العرف التشريع أو يلغيه .

ويؤيد هذا فيما يتعلق بعدم جواز إلغاء العرف للتشريع ما نصت عليه المادة الثانية من الترتين المدنى من أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ... » . كما تقول المذكورة الإيضاحية في هذا المعنى : « وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق » (٢) :

(١) انظر ما قلناه في هذا المعنى فيما تقدم فقرة ١٠١ .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ، ج ١ ص ١٩٦ .

أما فيما يتعلق بعدم جواز مخالفة العرف للتشريع فإن الشارع قد يرى في بعض الحالات أن يضع قاعدة مشكلة ، ولكنه يفضل عليها القاعدة العرفية إن وجدت . من ذلك ما تنص عليه المادة ٤٥٦ ققرة أولى مدني من أن « يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ٤٥٧ ققرة أولى مدني من أنه « يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك » . وما تنص عليه المادة ٤٦٣ مدني من أنه « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » . وما تنص عليه المادة ٤٦٤ مدني من أن « تنقذات تسلم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » .

وما تنص عليه المادة ٦٥٦ مدني في خصوص عقد المقاولة من أنه « يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل ، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك » . ففي مثل هذه الحالات يؤخذ بالاتفاق إن وجد ، فإن لم يوجد تطبق القاعدة العرفية إن وجدت رغم وجود القاعدة التشريعية . ويلاحظ أنه إذا كانت القاعدة العرفية يؤخذ بها في هذه الحالات رغم مخالفتها للقاعدة التشريعية ، فإن هذا لا يعني أنها تلغى القاعدة التشريعية ، بل يقتصر أثرها على استبعاد تطبيقها : إذ أن التشريع لا يجوز إلغاؤه إلا بتشريع مثله كما قلنا ، كما لا يجوز أن يلغى العرف التشريع لأنه أدنى منه مرتبة .

وفي غير هذه الحالات الاستثنائية التي أشارت النصوص فيها بترجيح العرف على بعض القواعد التشريعية المشكلة ، لا يجوز أن ينشأ عرف يخالف التشريع : فالقاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز أن يخالف العرف التشريع قاعدة مطلقة بالنسبة إلى القواعد التشريعية الآمرة ، ولا يرد عليها استثناء بالنسبة إلى القواعد التشريعية المشكلة إلا في الحالات التي وردت في مثل النصوص التي ذكرناها . وقد حسب البعض أن القاعدة لا تنطبق بالنسبة إلى القواعد التشريعية المشكلة

حيث يجوز أن ينشأ عرف يخالف هذه القواعد حتى في غير الحالات المنصوص عليها ؛ لكن يلاحظ على هذا الرأي أنه يخالف القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة الأولى من التقنين المدني . فإذا وجدت في المسألة الواحدة قاعدة تشريعية وأخرى عرفية طبقت الأولى دون الثانية .

كما حسب البعض أن القاعدة لا تنطبق في القانون التجاري بالنسبة إلى القواعد المشكلة . لكننا نلاحظ هنا أن المقصود في نطاق هذا القانون هو العادات الاتفاقية التي لم تبلغ بعد مرتبة العرف الملزم ، وهذه يؤخذ بها على أساس كونها شرطا ضمنيا في العقد يستخلص الاتفاق عليه من ظروف التعاقد ، حيث يجوز الاتفاق على ما يخالف القاعدة المشكلة .

كذلك يرى البعض أن القاعدة لا تنطبق بالنسبة إلى القواعد التشريعية الآمرة فضلا عن القواعد المشكلة ، إذا كانت القواعد الآمرة لا تتصل بمصالح الدولة الأساسية ، ولا سيما فيما يتعلق بالعرف التجاري . وذلك استنادا إلى ما تنص عليه المادة ٢٣٢ مدني من أنه « لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد القوائد ، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع القوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية » . فهذا النص يميز أن يخالف العرف التجاري نصا أمرا في القانون المدني لا يتصل بمصالح الدولة الأساسية . ولذلك رأى فريق الاعتراف بهذه القدرة للعرف التجاري ، ورأى فريق آخر أن هذه القدرة تثبت للعرف المدني كذلك أسوة بالعرف التجاري . ويؤخذ على هذا الرأي أن النص المذكور لا يورد استثناء على القاعدة . ذلك أن الأخذ بقاعدة عرفية في القانون التجاري رغم مخالفتها لقاعدة تشريعية أمرة في القانون المدني لا يعني تغليب العرف على التشريع ، إذ لكل من القاعدتين نطاقهما الذي تنطبق فيه . فالقانون المدني ، باعتباره الشريعة العامة في علاقات القانون الخاص ، لا تنطبق قواعده في خصوص مسألة تدخل في نطاق القانون التجاري إلا إذا لم تكن هناك قاعدة تجارية تحكم هذه المسألة . بحيث إذا وجدت قاعدة في القانون التجاري تين حكم هذه المسألة وجب تطبيقها ، سواء كانت قاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية ، لأن شرط انطباق القاعدة المدنية لا يتوافر في هذه الحالة . وبذلك لا يصبح أن يستخلص من

حجوز تطبيق القاعدة العرفية التجارية بالرغم من مخالفتها للقاعدة التشريعية المدنية الآمرة أن العرف يمكن أن يخالف التشريع الأمر . فلا يجوز للعرف التجاري أن يخالف التشريع التجاري الأمر ، ولا يجوز للعرف المدني أن يخالف التشريع المدني الأمر . وهذا هو ما تقتضيه القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة الأولى من التقنين المدني . كما يفرضه ماصرفاه من أن العرف لا يجوز أن يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب ، إذ أن المسائل التي تنظمها القواعد التشريعية الآمرة تتعلق بالنظام العام أو الآداب . ومن هنا كله تنتهي إلى ما قلناه من أن العرف لا يجوز أن يخالف التشريع . كما لا يجوز أن يخالف التشريع إلا في الحالات المنصوص عليها فيما يتعلق ببعض القواعد التشريعية المشكلة .

١١٠ - نصيب العرف في فروع القانون المختلفة :

رأينا أن العرف يعتبر مصدرا رسميا تكوينيا يلجأ إليه القاضي إذا لم يجد قاعدة تشريعية . غير أن نصيبه في إنتاج القواعد القانونية لإكمال النقص الموجود في تشريع يختلف باختلاف فروع القانون :

١ - ففي القانون المدني نجد القواعد العرفية قليلة . ويرجع ذلك إلى وفرة القواعد التشريعية في هذا النطاق من زمن بعيد ، ومبادرة الشارع إلى التدخل لمواجهة التطورات الجديدة في المجتمع .

ومن أمثلة القواعد العرفية المدنية ما قلناه من اعتبار أثاث المنزل مملوكا للزوجة بين المسلمين ، وهو افتراض يقوم على أساس ماجرت به العادة الغالبة من قيام الزوجة المسلمة بتأثيث المنزل عند الزواج ، بحيث يجوز نقضه بالدليل العكسي .

٢ - وفي القانون التجاري يظهر أكبر دور للعرف في إنتاج القواعد القانونية في نطاق القانون الخاص . حيث تختلف طرائق التعامل باختلاف نوع التجارة ، كما قد تختلف باختلاف الجهات ، ولذلك يترك الشارع كثيرا من المسائل التفصيلية للعرف . وعلى هذا النحو لا تكفي النصوص التشريعية لمواجهة حاجات التجارة ، ويكفل للعرف بتنظيم ما لم يتناوله التشريع .

ومن أمثلة القواعد العرفية التجارية افتراض التضامن بين المدينين ، بحيث يكون قلداً في المعاملات التجارية أن يطالب أى مدين بكل الدين . وكذلك جواز تقاضى فوائد عن متجمد الفوائد ، أو تقاضى فوائد تزيد في مجموعها على رأس المال ، وذلك في بعض الحالات كما هو الشأن بالنسبة إلى الحساب الجارى . وكذلك جواز أن يتعاقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لحساب شخصين مختلفين : وهذه القواعد كلها على عكس ما تقضى به قواعد القانون المدنى في شأن هذه المسائل (انظر المواد ٢٧٩ و ٢٢٢ و ١٠٨ مدنى) .

٣ - وفي القانون الدولى العام يعتبر العرف أهم مصدر لقواعد هذا القانون . وذلك نظرا إلى عدم وجود هيئة تشريعية دولية تملك سن قوانين تلزم الدول على النحو الموجود بالنسبة إلى القانون الداخلى . وقد سبق أن تكلمنا في هذا المعنى (١) .

٤ - وفي القانون الدستورى يعتبر العرف من مصادر القواعد الدستورية : ومن أمثلة القواعد العرفية الدستورية أنه في ظل دستور سنة ١٩٢٣ ثبت للسلطة التنفيذية بمقتضى العرف الحق في إصدار لوائح الضبط ، إذ لم يكن يتضمن ذلك الدستور نصاً يخولها هذا الحق : وقد نص الدستور الحالى على هذا الحق فأصبح قاعدة تشريعية (م ١٢٢) :

٥ - وفي القانون الإدارى يعتبر العرف من مصادر القواعد الإدارية : ومن أمثلة القواعد العرفية الإدارية ما قضت به محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة من أنه إذا كانت هناك لائحة لاتزال مشروعا لم يقن ، ورغم ذلك التزمها الجامعة وطبقها باطراد ، فإنها تصبح قاعدة تنظيمية عامة تعتبر مخالفتها مخالفة قانونية ، ذلك أن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص في قانون أو لائحة ، بل هى تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمها واتخذتها منهجا لها (٢) .

٦ - أما في القانون الجنائى فلا يعتبر العرف ، كما قلنا ، مصدرا للقواعد الجنائية.

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣١ .

(٢) محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة في ٤ مايو سنة ١٩٥٠ ، الحامدة ٣١ - ٢٣٥ - ٢٢ .

(١٠ - أصول القانون)

ذلك أن من المبادئ الأساسية في قانون العقوبات تلك القاعدة التي تقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعى . ونحصر اللساير عادة على إيراد هذا المبدأ (م ٢٥ من الدستور) لاتصاله اتصالاً وثيقاً بالحرية الفردية :

غير أنه إذا كان العرف لا ينشئ جريمة ولا يجلد عقوبة فإنه « حيث يكون هناك نص تشريعى يعاقب على جريمة معينة ، قد يعاون في تحديد معيار يجعله النص أساساً لتوافر أركان هذه الجريمة . مثل ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه « إذا كانت لأشعة السيارات لم تنص على أنه يجب على سائق السيارة أن يلزم السير على يمين الطريق فإن العرف جرى على ذلك واستقر نظام المرور عليه بحيث إذا خولف هذا العرف كان حقاً على المخالف أن يؤخذ بمقتضى المادة ٢٨ من لأشعة السيارات التي تحظر قيادة السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الأحوال خطراً على حياة الجمهور وممتلكاته (١) .

المبحث الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

١١١ - دور الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي في مسائل المعاملات المالية :

وأينا أن الدين يعتبر مصدراً رسمياً يرجع إليه مسائل الأحوال الشخصية بعد التشريع . فحيث لا يوجد نص تشريعى في خصوص إحدى هذه المسائل يرجع إلى الدين الذى يعتبر بهذه المائدة مصدراً احتياطياً في هذه الحالة ، غير أنه يلاحظ مانو هنا به فيما تقدم من أن دور الدين في هذا المجال كمصدر احتياطي يختلف في أهميته من الدور الذى تقوم به المصادر الاحتياطية الأخرى في مجال المعاملات المالية . ذلك أن الجزء الأكبر من مسائل الأحوال الشخصية مازال متروكاً لحكم الدين ، بينما في نطاق المعاملات المالية تقوم المصادر الاحتياطية بدور ضئيل . والدين في مجال الأحوال الشخصية هو الشريعة

(١) نقض جنات في ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ ، الممامة ٢٩ - ٧١٧ - ٢٦٦ .

الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين، والشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غير المسلمين. وهذا مع ملاحظة ما قلناه من أن الشريعة الإسلامية في هذا المجال هي الشريعة العامة بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين. بحيث أن اختصاص الشرائع غير الإسلامية اختصاص استثنائي مقيد، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، وذلك في الحدود التي بينها فيما تقدم.

وفضلاً عن هذا الدور الذي تقوم به الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية، فإنها تعتبر مصدراً احتياطياً في مسائل المعاملات المالية يرجع إليه بعد العرف. فقد نصت المادة الأولى من التقنين المدني في فقرتها الثانية على ما يأتي: « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ». وهذا تجديد استحدثه الشارع في التقنين المدني الحالي، إذ كان دور الشريعة الإسلامية من قبل كصدر رسمي للقانون قاصراً على مسائل الأحوال الشخصية.

ولكي نتبين المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية في هذا الصدد يحسن أن نلقى ضوءاً على المراحل التي مر بها هذا النص في مشروع التقنين المدني.

فقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدي لهذا التقنين تجعل دور الشريعة الإسلامية قاصراً على كونه مصدراً يستلهمه القاضي للاعتدال فحسب، فلا يكون عليه أن يتقيد به، كما هو الشأن بالنسبة إلى الفقه والقضاء. فبعد أن ذكرت المصادر الرسمية التي يستقى منها القاضي القاعدة القانونية، أضافت في فقرتها الثالثة ما يأتي: « ويستلهم في ذلك الأحكام التي أمرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً وكذلك يستلهم مبادئ الشريعة الإسلامية » (١).

(١) وجاء في لفظ الإيضاحية تعليقاً على هذا النص ما يأتي: « عل أن المصادر المتقدمة جميعاً مصادر ملزمة بمعنى أن القاضي يلزم بتطبيق القواعد التي تستقي منها وفقاً لترتيب المتقدم. وقد شفع المشروع تلك المصادر ببيان العناصر التي يستأنس بها في استخلاص هذه القواعد وتقصي مفهومها دون أن يكون لها قوة في الإلزام. فصحت الفقرة الثالثة من أن القاضي يستلهم في هذا الشأن الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية. والإشارة إلى القضاء والفقه بهذا »

وفي لجنة المراجعة أجرى تعديل في هذه المادة يجعل مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا ملزما ويوضع في الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة حتى يحل مجالا عند التطبيق ، فأصبحت الفقرة الثانية من هذه المادة تجري على النحو الآتي : « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف » فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين . فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » .

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت من هذه الفقرة عبارة « الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين » ، لأن حكمها مفهوم في حدود فكرة الملاءمة ، ولم تر اللجنة عملا للإشارة إلى عدم التقييد بمذهب باعتبار أن الرجوع سيكون إلى المبادئ وهي لا تختلف باختلاف المذاهب (١) .

ويتبين من هنا أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كصدر احتياطي في نطاق المعاملات المالية يقصد به الرجوع إلى المبادئ العامة في هذه الشريعة ، وهي عبارة عن الأصول الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب . فلا يرجع إلى الحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التي تختلف في المذاهب ، بل ويختلف فيها فقهاء المذهب الواحد .

= التسمي لا تدل أن تكون تقنيًا لما جرت عليه أحكام المحاكم المصرية منذ عهد بديد . فهي تستشهد بأراء للمصريين والأجانب من الفقهاء وبالقضاء الوطني والأجنبي حل حذوا . أما التنويه بمبادئ الشريعة الإسلامية فهو تجريد قصد به قضاء حق هذه الشريعة لا بوصفها مصدرا تاريخيا لشق من قواعد المشروع فحسب ، بل بوصفها مثالا فريدا من مثل السيادة الفنية للرؤية . وإذا كانت الشريعة الإسلامية قد ظهرت بمكانة بارزة في فقه القانون المقارن وسبقت أرق التفتينات الحديثة إلى الكشف عن نظرية التسلسل في استعمال الحق وفيها من النظريات الخلقية للزعة فما أحرأها أن تكون مصدرا يستلهمه القضاء المصري ولا سيما أن أكثر أحكام المشروع يمكن ترجمته على أحكام الشريعة في ملابها المختلفة دون عناء (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ١٨٩) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ، ج ١ ، ص ٩٠ — ١٩٢ .

كما أن الأخذ بهذه المبادئ يجب أن يراعى فيه التنسيق بينها وبين المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون الوضعي في مجتهته، بحيث لا يجوز الأخذ بحكم في الشريعة الإسلامية يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ حتى لا يفقد القانون الوضعي ما يجب أن يتوفر له من تجانس بين أحكامه المختلفة .

الفرع الثالث

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

١١٢- عدم كفاية المصادر الرسمية وواجب القاضي في أنه يفصل في كل نزاع يعرض عليه :

هذان أمران يجب التنويه بهما في هذا المقام منذ البداية لأنهما يساعدان على معرفة حقيقة المقصود بإحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

فالمصادر الرسمية للقانون في مسائل المعاملات المالية ، تلك المصادر التي عددها الشارع في المادة الأولى من التقنين المدني ، هي كما عرفنا التشريع ، ثم العرف ، ثم مبادئ الشريعة الإسلامية . وهذه المصادر قد تقصر عن تزويد القاضي بالقاعدة القانونية التي ينشدها لكي يطبقها على النزاع المعروض أمامه . وهذا القصور أمر طبيعي تفرضه طبيعة الأشياء التي تجعل إحاطة هذه المصادر بكل شيء أمراً متعذراً ، ويؤدي إليه التطور الذي من شأنه أن يخلق في حياة المجتمع صوراً ومعايير وقها جديدة لم تكن في الحسبان :

ومن ناحية أخرى قسمة قاعدة أساسية تقضى بأنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن القضاء فيما يعرض عليه من دعاوى بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها ، فإن امتنع أحد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة *déni de justice* . وهذا التكول جريمة يعاقب عليها القانون ، إذ تنص المادة ١٢٢ من قانون العقوبات على أنه « إذا امتنع أحد القضاة في غير الأحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد على عشرين جنيناً مصرياً . ويعد امتناعاً عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب

إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ولو احتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر .
وإزاء ذلك القصور في المصادر الرسمية من ناحية ، وواجب القضاء الذى يقع على عاتق القاضى من ناحية أخرى ، كان حتما أن تتاح للقاضى الوسيلة للفصل في النزاع المعروف أمامه إذا أعوزته قاعدة في هذه المصادر . وتمثل هذه الوسيلة في أن الشارع يحيل القاضى إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ولهذا نئين فيما على معنى هذه المبادئ والقواعد. وفي ضوء هذا المعنى نستطيع أن نقف على حقيقة المقصود من إحالة القاضى إليها .

١١٣ - معنى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة :

مرت فكرة القانون الطبيعى في مختلف العصور بمراحل مختلفة من حيث مدلولها . فقد أريد بهذا القانون أنه قانون كامن في طبيعة الروابط الاجتماعية ، فهو قانون أزل ككل القوانين التى تهيم على الظواهر الطبيعية ، بحيث لا يختلف بتغير الزمان والمكان ، ويستطيع الإنسان أن يصل إليه من طريق العقل .

وفي البداية كان ينظر إلى هذا القانون باعتباره قانونا شاملا يتضمن المبادئ الأساسية التى تسيطر على النظام القانونى بأكمله ، كما يتضمن القواعد التفصيلية التى تنصرع على هذه المبادئ . فوفقا لهذا النظر تكون هذه المبادئ والقواعد ثابتة لاختلف بتغير الزمان والمكان .

وبعد ذلك ظهرت فكرة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة : بمعنى أن هذا القانون عبارة عن المثل الأعلى الذى يهتدى به الشارع فيما ينتهى إليه من حلول وضعية قد تختلف باختلاف الزمان والمكان في ضوء حاجات المجتمع وظروفه . وبذلك أضحي القانون الطبيعى تبعا لهذا الاتجاه شاملا لمجموعة قليلة من المبادئ التى تمثل الأسس المشتركة بين جميع الأمم وفي مختلف العصور ، وشاملا كذلك للقواعد التى يضعها الشارع في ضوء هذه المبادئ مراعى فيها ظروف الزمان والمكان .

وفي مرحلة أخيرة أصبح ينظر إلى القانون الطبيعى على أنه فحسب مجموعة

المبادئ القليلة المشتركة بين الأمم في مختلف العصور ، يهتلى بها الشارع في كل بلد ، وإن كان يصل في ضوئها إلى قواعد وضعية تراعى فيها ظروف البيئة ، ومن ثم تختلف باختلاف الزمان والمكان .

ومع هنا وجدت فكرة العدالة إلى جانب فكرة القانون الطبيعي . فهذا القانون عبارة عن المبادئ التي تكون المثل الأعلى الذي لا يتغير ، فهي مشتركة بين جميع الأمم ، ويجب على الشارع في كل بلد وفي كل عصر أن يترسبها ويعمل على هداها . أما العدالة فهي التي تتكفل بتطبيق هذه المبادئ في حلول تراعى فيها ظروف كل حالة على حدة :

ويخلص من هذا أن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة لا تعتبر مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح . فهي لا تمد القاضي بقاعدة مجردة وعامة كما هو شأن التشريع أو للعرف أو لمبادئ الشريعة الإسلامية ، وإنما تلهمه إلى حل يطبقه على النزاع المعروض عليه إذا لم يجد قاعدة في هذه المصادر . ولهذا لم نذكرها في عداد المصادر الرسمية ، على خلاف ما ذهب إليه كثير من الفقهاء .

١١٤ - المصنوع بامكان القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

وأينا أن المادة الأولى من التقنين المدني تقول في فقرتها الثانية : « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . فهذه المادة تحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذا لم يجد نصا في التشريع ولا قاعدة في العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية .

وقد انضح مما تقدم أن هذه المبادئ والقواعد لا تعتبر مصدرا رسميا للقاعدة القانونية بالمعنى الصحيح ، وذلك على الرغم من الإحالة عليها في النص الذي يعدد مصادر هذه القاعدة . وآية ذلك ما ذكرته المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني في هذا الخصوص من أن عبارة « مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » وما شاكلها من

عبارات أخرى في التفتينات الأجنبية «لأرد القاضي إلى ضابط يقينى ، وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء» (١) ؛
ومن ثم فإن أحوال القاضي إلى هذه المبادئ والقواعد إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه للوصول إلى حل يطبقه على المسألة المعروضة أمامه . ولذلك فإن عبارة التفتين المدنى السويسرى قد تكون أكثر توفيقا في التعبير عن هذا المعنى . فقد نصت المادة الأولى منه على أن القاضي حين لا يجد نصا في التشريع أو عرفا يحكم وفق ما كان يرضه هو من قواعد لو عهد إليه بأمر التشريع ؛
فإذا لم يجد القاضي نصا في التشريع ولا قاعدة في العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإنه يستلهم مبادئ العدل المجرد التي تتضمنها فكرة القانون الطبيعى مراعى في ذلك الظروف والملايسات الخاصة بالحالة المعروضة أمامه . فهو ليس بصدد تقرير قاعدة مجردة وعامة تقوم على أساس العدل بمعناه القانونى ، وهو الذى يؤخذ فيه بالوضع الغالب ، وإنما يجتهد للوصول إلى حل يراعى فيه جانب العدالة التى ينظر فيها إلى ظروف كل حالة بعينها (٢) .

(١) فقد جاء في هذه المذكرة الإيضاحية تطبيقا على الشق الخاص بالإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعى بقواعد العدالة ما يلى : « وهذا الشق لا يستحدث جديدا ، وإنما ينقل العبارة الواردة في المادة ٥٢ من لائحة التنظيم القضائى لمحاكم المختلطة دون تغيير . ولم يشأ المشروع أن يجارى التفتين المدنى السويسرى فيأذن للقاضي بأن يطبق في هذه الحالة ما كان يضع هو من القواعد لوعده إليه بأمر التشريع (فقرة ٢ من المادة ١) بعد أن أخذ على هذه الصيغة من ناحية للشكل أنها تحول القضاء حتى إنشاء الأحكام القانونية مع أن عمله يتحصرن في تطبيق هذه الأحكام فحسب . ولم يشأ المشروع كذلك أن يحيل القاضي إلى المبادئ العامة في قانون الدولة (م ٣ من التفتين المدنى الإيطالى الجديد) أو إلى مبادئ القانون العامة فحسب (م ١ من التفتين الصيغى) بل احتفظ بعبارة القانون الطبيعى والعدالة . وإذا كانت عبارة التفتينات الحديثة تفضل هاتين العبارتين من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليهما عادة من الإيهام إلا أن الواقع أن هذه العبارات جيما لا ترد للقاضي إلى ضابط يقينى وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء . وهي تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر من اعتبارات موضوعية عامة لا من تفكير ذاتى غامض يجعله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسها تارة إلى القانون الطبيعى وتارة إلى المدقق تارة إلى قانون الدولة أو إلى القانون يوجه عام دون تمت أو تخصيص » (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ص ١٨٨) .

(٢) أنظر ما قلناه في الفقرة بين العدل والعدالة فيما تقدم فقرة ١١ .

ويجب ألا يصدر القاضي في اجتهاده هذا من معتقداته الذاتية ، وإنما يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة تراعى فيها المبادئ التى تعود النظام القانونى بأكله ؛
ومهما تواترت الأحكام فى مسألة معينة على نمط واحد استنادا إلى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، فإن هذا لا يؤدى إلى خلق قاعدة قانونية . ولهذا قلنا إن هذه المبادئ والقواعد لا تعتبر مصدرا رسميا بالمعنى الصحيح .

وغنى عن البيان أن استلزام القاضي لمبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة إنما يقتصر على الحالة التى لا يوجد فيها حكم فى التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا وجد حكم فى أى من هذه المصادر وجب على القاضي أن يطبقه ، حتى لو بدا له حكما ظلما تأباه العدالة ؛ كما أن غرض نص تشريعى أو إلهامه لا يبيح للقاضي أن يعدل عنه إلى هذه المبادئ والقواعد ، بل يجب عليه أن يعمل على تجلية النص للوصول إلى الحكم الذى يقرره من طريق التفسير .

وقد استطاع القضاء المصرى فى كنف مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة أن يقوم بدور جليل فى استحداث أحكام لمواجهة أوضاع يقصر التشريع والعرف عن تنظيمها (١) . مع ذلك أنه على أساس هذه المبادئ والقواعد كفل حماية الملكية المعنوية ، وهى الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، كحق المؤلف إن كان عالما أو كاتباً فى مصنفاته العلمية أو الأدبية ، وإن كان فنانا فى مبتكراته الفنية ، وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية ، وحق التاجر فى الاسم التجارى والعلامة التجارية ، وذلك قبل أن تصدر القوانين التى تنظم هذه الحماية (٢) . ومن ذلك أيضا أنه أخذ بفكرة التصف فى استعمال الحق.

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الملق فى هذا المعنى ما يلى : « فى كنف مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة طبقت الحاكم المبادئ العامة فى القانون المصرى وأعلنت بعض أحكام الشريعة الإسلامية واتبعت بعض القواعد المقررة فى تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية بل وصلت إلى اصطلاحات أحكام احتضنها طيمة الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند فى سوابق التشريع أو العرف » (مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون الملق ، ج ١ ، ص ١٨٩) .

(٢) راجع فى هذا الخصوص كتابنا فى حق الملكية قرة ١٩٥ .

قيل أن يصدر التقنين الملئى الخلالى الذى ينص عليها فى المادة الخامسة منه ، وذلك لتقرير مسئولية الشخص عما يسببه استعماله لحقه من ضرر للغير ، كأن يبنى شخص حائطا عاليا فى ملكه لكى يحجب النور والهواء عن جاره (١) .

الفصل الثانى

المصادر التفسيرية

١١٥ - المصادر التفسيرية والرابطة الوثيقة فيما بينها :

يراد بالمصدر التفسيري المرجع الذى يساعد على تجلية ما فى القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من إبهام . فهو مصدر للاستئناس يسترشد به القاضى فى التعرف على حقيقة القواعد التى يستمدّها من مصادرها الرسمية دون أن تكون له قوة ملزمة .

والمصادر التفسيرية للقانون المصرى اثنان ، هى الفقه والقضاء . فالفقه هو الجانب العلمى للقانون ، حيث ينظر الفقيه إلى الروابط الاجتماعية نظرة شاملة ، فيعرض الأصول الكلية للقواعد القانونية كي يصل فى ضوءها إلى الجزئيات ، ويراعى فى بحثه وتنقيح ألوان النشاط المستحدثة فى الحياة الاجتماعية والانجذابات الجديدة فيأخذ بأسباب التطور . والقضاء هو الجانب العملى للقانون ؛ حيث يطبق القاضى القواعد القانونية على ما يرفع إليه من أفضية ، فيجعل من القانون مادة حية تنمو وتتطور بحيث يصطبغ بطابع العصر الذى وجد فيه .

ومن هذا كان لا بد من التعاون بين الفقه والقضاء . فكل منهما يكمل الآخر . إذ يسترشد القاضى برأى الفقيه فيبتدى بما يرميه له ، ويستفيد الفقيه من تجارب القاضى فينتج بفقهه الوجهة التى تتفق مع مقتضيات الحياة العملية .

(١) انظر فى هذا الخصوص كتابنا فى مصادر الالتزام فقرة ١٣٥ وما بعدها .

وعلى هذا النحو فإن الفقه والقضاء هما اللذان ينيران الطريق أمام الشارع
ويدفعانه إلى التدخل لتعديل التشريع كي يسير التطور الجديد في المجتمع. وكثيرا ما تكون
آراء الفقهاء وأحكام القضاء هي المصادر المادية التي يستمد منها الشارع ما يضعه من
قواعد قانونية .

وتبين فيما يلي مركز الفقه والقضاء قديما وحديثا ، كي نخلص إلى تحديد هذا
المركز في القانون المصري .

الفرع الأول

الفقه

١١٦ - تعريف . تطور الفقه :

الفقه doctrine ، كصدر للقانون ، هو مجموع الآراء التي يقول بها فقهاء
القانون . فهو يقوم على استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ، مع
مناقشة هذه الأحكام ليتبين ما في القانون من نقص أو عيب : ويطلق اصطلاح
الفقه كذلك على مجموع الفقهاء الذين تخصصوا في البحث في القانون .

وقد تطور مركز الفقه كمصدر للقانون : فقد كان مصدرا رسميا في القوانين
القديمة ، ثم أصبح مصدرا تفسيريا في معظم القوانين الحديثة . ولذلك نعرض
لحالتين الناحيتين :

١١٧ - الفقه مصدر رسمي في القوانين القديمة :

ساهم الفقه في تكوين القانون الروماني ، حيث مر بأدوار ثلاثة : ففي الدور
الأول كان علم القانون حكرا لرجال الدين ، فهم الذين يقدمون للأفراد صيغ الدعاوى
والتصرفات ، وفي الدور الثاني أخذ للناس يتعلمون القانون بطرق عملية من طريق
استفتاءات يوجهونها إلى رجال القانون ، وأصبحت هذه الفتاوى تؤدي علنا بدون

أجر ، إذ كان يدرسها رجال من وجوه القوم الأثرياء ولا يتنون من وراء اشتغالهم بالفتنة سوى الوصول إلى المناصب الكبيرة في الدولة . وفي الدور الثالث سلك الفقه الروماني طريقه العلمي ، فدونت المؤلفات القانونية إلى جانب الفتاوى العملية ، واعتبر الفقه مصدرا رسميا للقانون الروماني ، حيث أصبح لأراء بعض الفقهاء قوة القانون .

كذلك ساهم الفقه في تكوين الشريعة الإسلامية ، حيث مر بمجهود ثلاثة : العهد الأول هو عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، إذ كان الدين حينذاك هو المرجع الوحيد للشريعة الإسلامية ، ومن ثم كان للشريعة مصدران هما الكتاب والسنة ، فلم يكن للفقه مجال والرسول موجود بين الناس ينزل عليه الوحي ويتلقى عنه المسلمون أمور دينهم ودنياهم .

والعهد الثاني هو الذي يبدأ بالخلفاء الراشدين حتى ظهور أئمة المذاهب الفقهية وتدوين الفقه في الكتب ، حيث وضع الفقهاء أسس الفقه الإسلامي ، وانقسموا في ذلك إلى مدرستين هما أهل الحديث وأهل الرأي . فأهل الحديث لا يكادون يفتنون إلا به ولا يخرجون على آثار السلف الصالح إلا بالقدر الذي تختمه الضرورة . وأهل الرأي يميلون إلى الاجتهاد والرأي ، فيحكمون العقل ويحددون حتى تتمشى الشريعة مع المذنبات المختلفة والتطورات الجديدة . وقد أخذت هاتان المدرستان في التقارب إلى حد كبير ، وبفضلها أصبح للفقه نصيب وافر في تكوين الشريعة الإسلامية . فقد كان للشريعة في عهد الرسول مصدران هما الكتاب والسنة ، ثم زادها الفقه في العهد الثاني مصدرين آخرين هما الإجماع والقياس ، وهما المصدران اللذان يضيفان على الشريعة الإسلامية مرونتها ومسايرتها للتطور . وقد بلغ الإجماع مقصورا على صحابة الرسول ، ثم امتد إلى التابعين فتابعيهم ، حتى صار أخيرا إجماع المجتهدين من أمة محمد في عصر من العصور . فإذا أجمع هؤلاء على حكم كانت له قوة القانون ، ولا خلاف في هذا بين المدرستين . أما القياس فيراد به في هذا المقام الرأي والاجتهاد ، وقد اختلفت المدرستان في الأخذ به إلى حد كبير ، فأهل الرأي يكثرون

من القياس والتفريع والاستنباط ويفرضون الفروض المختلفة ، وأهل الحديث لا يلجأون إلى القياس إلا نادرا ولا يفرضون من الفروض إلا ما وقع .
والعهد الثالث هو الذى يبدأ من وقت تدوين الفقه حتى اليوم . وقد كان للفقه فى أول هذا العهد النصيب الأوفى فى تكوين الشريعة الإسلامية ، حيث ظهرت مذاهب كثيرة أهمها المذاهب الأربعة المعروفة . وأئمتها أبو حنيفة ومالك والشافعى وأحمد ابن حنبل : ويرجع إلى هؤلاء الأئمة وتلاميذهم فضل تسجيل فقه من تقدمهم على أسس منطقية ، بحيث يمكن أن يستخلص منه ما استقر عليه الرأى فى الفقه والقضاء فيتعين الأخذ به باعتباره إجماعا . وبالإضافة إلى ذلك فقد قاموا بأعمال إنشائية فى الفقه ، فوضعوا التعريفات التفصيلية ، ورأوا استلزام قواعد العدالة والمصلحة العامة باسم الاستحسان عند أبى حنيفة والمصالح المرسلة عند مالك ، ووضعوا مبادئ علم أصول الفقه . والواقع من الأمر أن هذه المذاهب لا تعتبر فى حقيقتها مدارس مختلفة فى الفقه ، فقد كانت متفقة إلى حد كبير فى المبادئ الرئيسية ، ويكاد ينحصر الخلاف بينها فى بعض الفروع التفصيلية . ومراعاة لهذا الاعتبار رأينا أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطى للقانون المصرى فى نطاق المعاملات المالية إنما يراد به الرجوع إلى المبادئ العامة التى لا تختلف باختلاف المذاهب دون الاعتماد بالحلول التفصيلية أو الأحكام الجزئية التى تختلف فيها المذاهب بل ويختلف فيها فقهاء المذهب الواحد (١) .
وعلى هذا النحو كان الفقه فى أول ذلك العهد مصبرا رسميا للشريعة الإسلامية ، وكانت حركة الاجتهاد على أشدها مما جعل القياس مصبرا يعتد به إلى جانب المصادر الثلاثة الأخرى . وبعد ذلك أقفل باب الاجتهاد ، فوقف الفقه عند الحدود التى كانت له حينذاك .

١١٨ - الفقه مصرى تفسرى فى القوانين الحديثة :

لم يعد للفقه فى القوانين الحديثة ما كان له من قوة القانون فى القوانين القديمة : فهو الآن مصدر تفسرى للقانون ، بمعنى أن القاضى يرجع إليه للاستئناس فحسب ، فلا يتقيد برأى فقيهها ارفععت مكانته العلمية ، ولا حتى برأى انعقد عليه إجماع الفقهاء .

على أنه إذا كانت آراء الفقهاء مجردة من القوة الملزمة ، فإن لما دورا لا يمكن إنكاره أو الانقصاص من قيمته ، سواء فى إرشاد القاضى أو فى التحضير للعمل الذى يقوم به الشارع . فهى توجه القاضى بشرحها لأحكام القانون وتفسيرها ، وتقدم مادة قيمة إلى الشارع يستطيع بواسطتها أن يتبين ما فى القانون من نقص أو عيب .

١١٩ - الفقه مصرى تفسرى فى القانون المصرى :

شأن الفقه فى القانون المصرى هو شأنه فى القوانين الحديثة . فدوره يقتصر على كونه مصدرا تفسريا يستأنس به القاضى فى استخلاص القواعد القانونية وتقصى مفهومها أن تكون له قوة الإلزام (١) . ولذلك لم يذكره الشارع فى عداد المصادر الرسمية التى نصت عليها المادة الأولى من التفتين المدنى .

على أنه وفقا لما قلناه فى خصوص القوانين الحديثة يقوم الفقه المصرى بدور له وزنه : فلا شك فى أن القاضى فى مصر يتأثر برأى ذهب إليه جمهور الفقهاء أو انعقد

(١) وقد كانت المادة الأولى من المشروع التمهيدى للتفتين المدنى تتضمن فقرة ثالثة تنص فى هذا المعنى على أن القاضى يستلهم الأحكام التى أقرها القضاء وفقه مصرى كان أو أجنبيا . وجاء فى المذكرة الإيضاحية تمليفا على هذه الفقرة أنها تتضمن الناصر الذى يستأنس بها القاضى فى استخلاص القواعد وتقصى مفهومها دون أن تكون لها قوة الإلزام . ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذه الفقرة لأن فى القواعد العامة ما يفتى حكمها (مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٢ و ١٨٩ و ١٩٠ و ١٩٢) .

عليه إجماعهم ، وقد يصل في ذلك إلى حد الإشارة إليه في حكمه . بل إنه يستعين كذلك بالفقه الأجنبي في القوانين التي استمد منها الشارع القاعدة القانونية ، كالفقه الفرنسي . هذا إلى أن الفقه يشترك مع القضاء في توجيه الشارع بإظهاره مافى القانون من نقص أو عيب ، فهو يعتبر من المصادر المادية التي يستقى منها الشارع أحكام القواعد القانونية .

ويلاحظ أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي في مسائل الأحوال الشخصية عند عدم وجود تشريع ، أو في مسائل المعاملات المالية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، يتضمن الرجوع إلى الفقه الإسلامى . غير أن الرجوع إلى هذا الفقه إنما يعنى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبار هذا الفقه جزءا منها . وهذا مع ملاحظة أن الفقه الإسلامى الذى نعينه هنا هو الفقه الذى وقف عند حد قفل باب الاجتهاد . أما فقهاء الشريعة المعاصرون فجميعهم مقلدون ، وإن كان لهم فضل كبير في كتابة بعض موضوعات الفقه الإسلامى في أسلوب عصرى يسهل فهمه .

الفرع الثانى

القضاء

١١٩ - تعريف . تطور مركز القضاء :

القضاء *La jurisprudence* ، كمصدر للقانون ، هو مجموع الأحكام التي تصدرها المحاكم . فهو يقوم على تطبيق الأحكام القانونية على الأفضية التي ترفع إلى المحاكم للفصل فيها . ويطلق اصطلاح القضاء كذلك على السلطة القضائية ، أى المحاكم التي تتولى الفصل فيما يرفع إليها من أفضية .

وقد تطور مركز القضاء كمصدر للقانون . فقد كان مصبرا رسميا في القوانين القديمة ، ومازال كذلك في بعض القوانين حتى اليوم ، ولكنه أصبح مصبرا تفسيريا في أغلب القوانين الحديثة . ولذلك نعرض لهاتين الناحيتين .

١٢٠ - القضاء مصدر رسمي في القوانين الصريحة :

قام القضاء بدور كبير في إنشاء قواعد القانون الروماني ، فكان بذلك مصدرا رسميا لهذا القانون : وقد بدأ ذلك منذ أن تولى « البريتور » الروماني شئون القضاء . وكانت الوسيلة إلى ذلك « المنشورات القضائية » . إذ كان البريتور يتولى القضاء سنة واحدة ، وعند ولايته القضاء يعلن للناس منشورا يضمه القواعد القانونية التي اعترم اتباعها في قضاائه ، وكثير من هذه القواعد كانت تدخل تعديلات على القانون الروماني بما يتفق مع مقتضيات العدالة . وكان كل بريتور يستقي من منشورات سلفه ما أظهر العمل صلاحته للتطبيق ويزيد عليه ما يرى إضافته ، حتى تكون من هذا كله مسمى « المنشور الدائم » . وقد بقي هذا المنشور إلى عهد الامبراطورية ، ثم جمع جميعا رسميا عرف باسم « القانون اليزيتوري » . ومن ثم فقد كان هذا القانون من صنع القضاء ، إذ بقي منفصلا عن القانون المدني ، ثم أصبح في عهد جوستنيان جزءا من القانون الروماني : وفي الشريعة الإسلامية مر القضاء بعهود ثلاثة كذلك التي رأيناها في خصوص الفقه : العهد الأول هو عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، حيث كان للشريعة مصدرا هما الكتاب والسنة ، فلم يكن القضاء مصدرا رسميا حينذاك : وقد كان النبي أول قاض في الإسلام ، وكان قضاؤه ملزما باعتباره سنة ، فهو في هذا النطاق شارع بين القاعدة القانونية الواجبة التطبيق .

والعهد الثاني هو الذي يبدأ بالخلفاء الراشدين حتى ظهور أئمة المذاهب الفقهية وتكوين الفقه في الكتب . حيث كان للقضاء أثره في تكوين الشريعة الإسلامية ، إذ كان هو والفقه يميزان ، فكان القاضي فقيها وفقه قاضيا ، ومن ثم لم يكن من اليسير تمييز القضاء عن الفقه في ذلك العهد . وعلى هذا النحو كان أكثر القضاة مجتهدين ، وكانوا يستعينون في قضائهم بالفقهاء ، كما كان القاضي يأخذ بقضاء سلفه ، وكان الفقهاء يأخذون عن القضاة فتاوهم .

والعهد الثالث هو الذي يبدأ من وقت تدوين الفقه حتى اليوم . وفي أول هذا العهد قل شأن القضاء وارتفع شأن الفقه ارتفاعا عظيما وفق ما ذكرناه عند الكلام في الفقه .

وبذلك تركزت حركة الاجتهاد في الفقه ، فلم يعد للقضاء دور في تكوين الشريعة الإسلامية . وقد رأينا أن باب الاجتهاد أقفل بعد ذلك ، فوقف الفقه عند الحدود التي كانت له في أول ذلك العهد .

وفي القانون الانجليزي يظهر أكبر دور للقضاء في تكوين القانون . فهذا القانون له مصدران هما العرف والقضاء . بل إن القضاء ، حيث توجد العادات ، هو الذي جمع شتات هذه العادات القديمة وصلبها قانونا قابلا للتطبيق . ففي أول مراحل هذا القانون أقام القضاء مبادئ القانون الانجليزي المعروف باسم القانون العام Common Law على أساس العادات القديمة . ثم أنشئ فريق آخر من المحاكم تطبق قواعد العدالة في أحكامها للتخفيف من شدة القانون العام وشكلياته ، فخلقت بذلك « قانون العدالة » ، وهو كله من صنع هذه المحاكم . وفي أواخر القرن التاسع عشر أدمج هذان الفريقان من المحاكم ، وصار القضاء يطبق قانونا واحدا يشمل القانون العام وقانون العدالة ، وبذلك تم توحيد القانون الانجليزي الذي يعتبر من صنع القضاء .

١٢١ - القضاء مصدر رسمي في القوانين الانجلوسكسونية :

ما زال القضاء في الوقت الحاضر من أهم المصادر الرسمية في القانون الانجليزي وغيره من القوانين الانجلوسكسونية . كما هي الحال في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية والمهند وأستراليا وجنوب أفريقيا .

ففي إنجلترا تأخذ المحاكم بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما . حيث يوجد على رأس هذه المحاكم مجلس اللوردات وهو الهيئة القضائية العليا ، ثم محاكم الاستئناف ثم محاكم أول درجة ، ثم المحاكم الدنيا . وتقضى القاعدة بأن يكون قضاء مجلس اللوردات ملزما لسائر المحاكم الانجليزية بما فيها مجلس اللوردات ذاته ، بمعنى أن يعتبر هذا القضاء قانونا يجب تطبيقه في القضايا المماثلة ، فلا يجوز العدول عنه إلا بسن قانون . ويكون قضاء محكمة الاستئناف ملزما لها والمحاكم الأقل منها درجة باعتباره قانونا كذلك يجب تطبيقه في القضايا المماثلة ، وكذلك أحكام المحاكم الابتدائية بالنسبة إليها وإلى المحاكم الدنيا . أما أحكام المحاكم الدنيا فلا تكون ملزمة .

١٢٢ - القضاء مصدر تفسيري في أغلب القوانين الحديثة :

أصبح القضاء مصدرا تفسيريا في أغلب القوانين الحديثة ، وهى القوانين التى تغلب عليها النزعة الرومانية . كما هى الحال فى البلاد اللاتينية ، كفرنسا وبلجيكا وإيطاليا . وكما هى الحال فى البلاد الجرمانية ، كالألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا .

فالقضاء فى هذه القوانين شأنه شأن الفقه ، كلاهما يعتبر مصدرا تفسيريا يرجع إليه للاستئناس فحسب . فلا تلزم المحاكم بما سبق أن أصلته من أحكام ، ولابما أصلته المحاكم الأخرى ولو كانت أعلى منها درجة :

وقد ذهب رأى يقول به بعض الفقه الفرنسي إلى اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية . وذلك فى الحالات التى لا يجد فيها القاضى قاعدة فى المصادر الأخرى ، حيث تضطر المحاكم حتى لا تنكل عن أداء العتالة إلى الاجتهاد للوصول إلى حل يطبق على النزاع ، ثم تتواتر الأحكام وتستقر على الأخذ بهذا الحل فى الحالات المماثلة ، فتوجد بذلك القاعدة القانونية . ويساعد على هذا الاستقرار وجود محكمة النقض رقية على أحكام المحاكم ، بحيث يصبح ما تقره فى هذا الشأن قاعدة تتوحد على أساسها هذه الأحكام .

ويؤخذ على هذا رأى أنه يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات : ذلك أن وظيفة المحاكم تقتصر على تطبيق القواعد القانونية ، أما إنشاء هذه القواعد فأمره موكول إلى سلطات أو مصادر أخرى غير السلطة القضائية . وفضلا عن ذلك فإن ما تستقر عليه المحاكم فى أمر لم ترد فى شأنه قاعدة فى المصادر الرسمية لا يعتبر ملزما من الناحية القانونية . بحيث تستطيع أية محكمة أن تقضى بما يخالفه ولو كانت أقل المحاكم درجة . وإذا كانت المحاكم تأخذ نفسها بالمبادئ التى استقر عليها القضاء ، ولا سيما ما أقرته محكمة النقض من هذه المبادئ ، فإن ذلك مرده إلى ما لهذا القضاء من قيمة أدبية . حيث تبقى المحاكم على هذا القضاء إما اقتناعا به ، وإما خشية من أن ينقض حكمها من المحكمة العليا إذا هى خالفته . لكن يبقى مع ذلك لمحكمة النقض أن تعدل عن قضائها السابق ، كما يكون لأية محكمة أخرى أقل درجة منها أن تخرج على هذا القضاء ، وقد يؤدى ذلك إلى تغيير اتجاه

القضاء عما كان عليه من قبل . هذا إلى أنه مهما توفر لأحكام القضاء من قيمة أدبية تحمل المحاكم من الناحية العملية على الأخذ بها في الحالات الماثلة ، فليس من شأن هذه الأحكام أن تخلق قاعدة مجردة وعامة بالمعنى القانوني الصحيح . حيث لا تتوفر لها قوة الإلزام إلا في الحالات الخاصة التي صلت في شأنها .

ولهذا كان الرأي السائد أنه في غير القوانين الانجلوسكسونية التي تأخذ بنظام السوابق القضائية فتجعل لها قوة القانون يعتبر القضاء مصدراً تفسيرياً كالفقهاء سواء بسواء .

١٢٣ - القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري :

انقصد الاجماع في ضوء ما ذكرناه الآن على أن القضاء في القانون المصري مصدر تفسيري ، كما هي الحال في أغلب القوانين الحديثة : فلمحاكم أن تستأنس به ، فتأخذ به أو تدعه (١) . ولذلك لم يذكره الشارع في عداد المصادر الرسمية التي نصت عليها المادة الأولى من التقنين المدني .

وهناك حالة خاصة يضمن فيها على محكمة الموضوع أن تنقيد بقضاء محكمة النقض . فإذا كان الحكم قد نقض خطأ في تطبيق القانون ، فإن محكمة النقض تحيل القضية إلى محكمة أخرى للحكم فيها من جديد ، وفي هذه الحالة يتحتم على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها هذه المحكمة (م ٢/٢٣ من القانون رقم ٥٧ سنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض) . ويلاحظ هنا أن حكم محكمة النقض لا يكون ملزماً إلا في هذه القضية بالذات دون غيرها . فيجوز لأية محكمة أن تخالف هذا الحكم في أية قضية أخرى مماثلة . وإذا كان القضاء يعتبر في القانون المصري مجرد مصدر تفسيري ، فإن له أثره الواضح سواء في إرشاد القاضي أو في إنارة الطريق أمام الفقيه أو في التحضير للعمل

(١) وقد كانت المادة الأولى من المشروع النهائي للتقنين المدني تضمن فقرة ثالثة في هذا المعنى

ولكنها حذفت لأن في القواعد العامة ما يثنى من حكمها (أنظر تفصيلاً لذلك فيما تقدم فقرة ١١٨

في الملمش) .

الذى يقوم به الشارع : حيث يهتدى به القاضى فى القضايا المماثلة ولا سيما إذا كان قضاء مستقرا ، وزود الفقيه بمادة حية يغذيها التطبيق العملى ، ويضع تحت نظر الشارع ما أظهره التطبيق العملى فى القانون من قصور أو عيب . وتعتبر أحكام القضاء المصرى من المصادر التاريخية للتقنينات الحالية التى عمل بها من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فقد حرص الشارع فى هذه التقنينات على الاستفادة من تجارب القضاء المصرى طوال سبعين عاما كان يفسر فيها نصوص القانون القديم ويطبقها ويلمس نواحي القصور فيها ، فاستقى فريقا غير قليل من القواعد القانونية من المادة التى جعلت ثمرة لاجتهاد القضاء .

١٢٤ - وظيفة محكمة النقض وأثرها فى ترميم أحكام القضاء :

يجب أن نشير فى ختام هذا الموضوع إلى وظيفة محكمة النقض ، نظرا إلى ما لها من أثر فعال فى إرساء المبادئ التى تستقر عليها أحكام القضاء .

فقد قلنا فيما تقدم أن الادعاء بحق أمام القضاء يقتضى النظر فى أمرين : الأول هو وقائع الدعوى ، وهذه مسائل موضوعية يستقل بتقديرها قاضى الموضوع وفقا لما ثبت لديه ، فلا يخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض . والثانى هو القانون الذى يطبق على ما ثبت لدى القاضى من وقائع ، وهذا التطبيق يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض (١) .

ويتضح من هذا أن وظيفة محكمة النقض تنحصر فى مراقبة صحة تطبيق القانون ، فهى لا تعرض لوقائع الدعوى فتبحث فيها إذا كانت ثابتة أم غير ثابتة ، بل تسلم بهذه الوقائع كما أثبتها قاضى الموضوع ، وتقتصر مهمتها على النظر فيما إذا كان هذا القاضى قد طبق القانون على تلك الوقائع تطبيقا صحيحا : فإذا رفع إليها طعن فى حكم ، ورأت أن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا على وقائع النزاع ، رفضت الطعن . وإذا تبين لها أن هناك خطأ فى تطبيق القانون قبلت الطعن ونقضت الحكم ، وأحالت الدعوى

(١) أنظر ما ذكرناه من أمثلة لوقائع وقوانين فيما تقدم فقرة ١٠٣ .

إلى محكمة أخرى للحكم فيها من جديد على النحو الذى تقدم ذكره . إذ أنها ليست درجة ثالثة من درجات التقاضى ، فليس لها أن تفصل فى وقائع النزاع .
وبمقتضى هذه السلطة فى مراقبة صحة تطبيق القانون تستطيع محكمة النقض أن توحد أحكام القضاء فى تفسير القانون وتطبيقه . إذ أن القيمة الأدبية لما يصدر عن محكمة النقض من أحكام باعتبارها المحكمة العليا ، وخشية القضاة من أن تنقض أحكامهم إذا خالفوها ، تجعلهم من الناحية العملية يتقبلون بما قرره : فينشأ من ذلك ما يسمى بأحكام المبادئ *décisions de principes* ، ويراد بها أحكام القضاء التى تقرر مبادئ قانونية فى خصوص مسائل لم ترد فى شأنها قاعدة قانونية أو كان حكم القانون فيها محل خلاف أو شك ، بحيث يستقر عليها القضاء وتصبح معبرة عن الاتجاه السائد فيه : وأحكام المبادئ هذه هى التى تقصد أساسا من اعتبار القضاء مصبرا تفسيريا للقانون ، أو مصبرا ماديا له . وإن كان ليس من شأنها أن تخلق قواعد قانونية مجردة وعامة كما سبق أن فصلنا .

الباب الرابع

تطبيق القاعدة القانونية

١٢٥ - السلطة القائمة على تطبيق القانون :

إذا وجدت القاعدة القانونية ، مع أى مصلركات ، وأصبحت نافذة ، صارت واجبة التطبيق : فيجب على الأشخاص المخاطبين بحكمها أن يوجهوا سلوكهم على مقتضاها. فإذا وقع منهم ما يخالف حكمها أو ثار بينهم نزاع فى مضمون هذا الحكم تولت السلطة المختصة تطبيقها :

والسلطة المختصة بتطبيق القانون هى السلطة القضائية ممثلة فى المحاكم . ونظرا إلى خطورة الدور الذى تقوم به هذه السلطة للفصل فى الأقضية التى ترفع إليها تعنى الدساتير عادة بتقرير القواعد التى تكفل استقلالها فى أداء وظيفتها بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، فلا يكون ثمة سلطان عليهم فى ذلك إلا للقانون وضائهم . وقد نصت المادة ١٥٢ من الدستور فى هذا المعنى على أن «القضاة مستقلون ، لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة » . كما نصت المادة ١٥٦ من الدستور على أن «القضاة غير قابلين للزل ، وذلك على الوجه المبين فى القانون » .

وقد رأينا أن هناك جهتين للقضاء فى مصر (١) . الأولى جهة القضاء العادى ، وتختص بالفصل فى المواد المدنية والتجارية ومواد الأحوال الشخصية والمواد الجنائية . وهى الجهة صاحبة الولاية العامة ، بمعنى أنها تختص بالنظر فى جميع المسائل والمنازعات

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٥ .

إلا ما يخرج من اختصاصها بنص خاص . والثانية بجهة القضاء الإدارى فى مجلس الدولة ، ونخصص بالفصل فى المواد الإدارية . وولايتها ولاية خاصة ، بمعنى أنها تقتصر على النظر فيما يدخل فى اختصاصها بمقتضى نص خاص :

١٢٦ - نطاق تطبيق القانون وتفسيره تحميم :

إذا وقعت مخالفة للحكم من أحكام القانون أو ثار نزاع فى خصوص مضمون هذا الحكم ، فإن تطبيق القانون فى هذه الحالة أو تلك يقتضى تحديد النطاق الذى تنطبق فيه القاعدة القانونية ، كما يقتضى الوقوف على حقيقة مضمون هذه القاعدة من طريق التفسير .

ومن هذا نقسم كلامنا فى تطبيق القاعدة القانونية إلى فصلين : الأول فى نطاق تطبيق القانون . والثانى فى تفسير القانون .

الفصل الأول

نطاق تطبيق القانون

١٢٧ - الترامى المختلف فى تحديد نطاق تطبيق القانون :

يتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من النواحي الآتية :

فأولا يتحدد هذا النطاق من حيث الأشخاص المخاطبين بحكم القاعدة القانونية .. وذلك لمعرفة ما إذا كانت القاعدة تسرى فى حق هؤلاء جميعا ، أم أن بعضا منهم قد لا تسرى فى حقهم إذا كان مجهلها .

وثانياً يتحدد هذا النطاق من حيث المكان . وذلك لتبين الحالات القانونية التى يحكمها قانون الدولة بالنظر إلى نطاق تطبيق قوانين الدول الأخرى . وثالثاً يتحدد هذا النطاق من حيث الزمان . وذلك لتحديد الزمن الذى تسرى فيه

القاعدة القانونية ، وبيان الحل الذى يتبع فى حالة التنازع الناشئ عن استبدال بعض القواعد القانونية بغيرها .

ومستأنول هذه الموضوعات على التوالى .

الفرع الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه

١٢٨ - مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون :

مضى وجدت القاعدة القانونية وأصبحت نافذة فإنها تسمى على جميع الأشخاص المخاطبين بها ، سواء منهم من علم بها ومن جهلها . إذ من المبادئ المسلمة أن أحدا لا يعذر بجهله القانون *Nul n'est censé ignorer la loi* : فلا يقبل من أحد أن يدعى بجهله قاعدة قانونية معينة لكي يحول دون تطبيقها عليه حين يكون هذا التطبيق واجبا :

ولسنا هنا بصدد قرينة على علم الناس بالقانون كما يقول البعض ، إذ أن القرينة يجوز دحضها بالدليل العكسى ، مع أنه لا يجوز لأحد أن يثبت جهله بالقانون . فالحقيقة أننا بصدد مبدأ أو قاعدة موضوعية لا سبيل إلى مناقشتها كما هو الشأن فى كل قاعدة قانونية تتوفر الشروط اللازمة لتطبيقها :

ومن الواضح أن هذا المبدأ لا يتفق مع الحقيقة الواقعة بصورة كاملة ، إذ لا يعقل أن يكون الناس جميعا على علم بالقانون لا بجهله فريق منهم : إلا أنه يستند مع ذلك إلى اعتبارات تليها العدالة ويوجبها الصالح العام للمجتمع بأسره . فالعدالة بين الناس تقتضى المساواة بينهم فى المعاملة ، فلا يقتصر تطبيق القانون على فريق منهم بينما يعفى الفريق الآخر من تطبيقه بدعوى الجهل به ، بل يكونون بمنزلة سواء فيخضعون جميعا لأحكام القانون : وهذه المساواة بين الناس أمام القانون ضرورة يحتملها نظام المجتمع . فلو أتيح للأشخاص أن يدعوا الجهل بقاعدة قانونية كي يعفوا من الخضوع لها لترتب

على ذلك أن يلجأ إلى هذا الادعاء كل من تقتضى مصلحته عدم تطبيق القاعدة عليه ، مما يؤدى إلى عدم تطبيق القانون فى كثير من الحالات ، فتسود القوضى ويعجز القانون عن أداء وظيفته الأساسية وهى إقامة النظام وكفالة الاستقرار فى المجتمع .

١٢٩ - سريانه المبدأ بالنسبة إلى كل القواعد القانونية :

يسرى مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون بالنسبة إلى كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، وبصرف النظر عن مدى سلطان إرادة الأفراد لإزائها ، فهذا المبدأ يسرى بالنسبة إلى كل القواعد القانونية سواء كان مصدرها التشريع أو الدين أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية .

كذلك يسرى هذا المبدأ بالنسبة إلى القواعد الآمرة والقواعد المسكلة على السواء . وقد ذهب فريق من الفقهاء إلى قصر الأخذ بهذا المبدأ على القواعد الآمرة دون القواعد المسكلة . بل إن منهم من يقصر الأخذ به على بعض القواعد الآمرة كالتقوانين الجنائية على وجه الخصوص . فوفقا لهذا النظر يجوز الاعتذار بجهل القواعد المسكلة وكذلك القواعد الآمرة غير الجنائية :

وتلك تفرقة تأبأها طبيعة القواعد القانونية باعتبارها قواعد ملزمة يجب تطبيقها إذا توافرت الشروط اللازمة لذلك ، حيث لا غارق فى هذا الإلزام بين القواعد الآمرة بعضها والبعض الآخر ، ولا بين القواعد الآمرة والقواعد المسكلة .

كما أنها تفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المسكلة تؤدى إلى خلق فراغ وضعت من أجله هذه القواعد الأخيرة . ذلك أن هدف الشارع من إيراد القواعد المسكلة هو وضع نموذج للتعاقد يتطبق إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تنظيم يخالف . فهى لا تمثل الإرادة المفترضة للمتعاقدين عند سكوتهما عن الأخذ بتنظيم يخالف حكمها حتى يمكن أن يقال إن هذا السكوت يفترض معه العلم بها ، بل إنها تمثل إرادة الشارع ، ولهذا رأينا أنها تنطبق فى حالة سكوت المتعاقدين ولو كانا يجهلانيها (١) . ولو أننا أجزنة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٩ .

الإعفاء من تطبيقها عند الجهل بها لأدى ذلك إلى قصور هذه القواعد عن تأدية الوظيفة التي وضعت من أجلها :

وفضلا عن هذا فليس هنالك من القواعد القانونية ما يتعارض مع الأخذ بذلك المبدأ على إطلاقه . حيث يبدو أن الذى دفع هذا الفريق إلى القول بهذه التفرقة هو الاعتقاد بأن جواز طلب إبطال العقد لغلط فى القانون يتعارض مع المبدأ ، وهو اعتقاد غير صحيح ، ولذلك نعرض له فى الفقرة التالية .

١٣٠ - الغلط فى القانونه ليس استثناء من المبدأ :

الغلط وهم يقوم فى ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التعاقد . وهو حيب فى الإرادة يميز لمن وقع فيه أن يطلب إبطال العقد إذا توافرت شروط معينة أهمها أن يكون الغلط جوهريا بأن يبلغ فى تقدير المتعاقد حدا من الجسامه لو تكشف له لا تمتنع عن إبرام العقد . ويكون له هذا الأثر سواء كان غلطا فى الواقع أو غلطا فى القانون . وقد نصت المادة ١٢٢ مدنى فى هذا المعنى على أنه « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون ، إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . ومثل الغلط فى الواقع أن يشتري شخص آتية يعتقد أنها من فضة خالصة ، ثم يتبين أنها من نحاس مطلى بالفضة . ومثل الغلط فى القانون أن يبيع وارث حصته فى التركة وهو يحسب أنه يرث ثمن التركة ، ثم يتضح له أنه يرث الربع . فهنا غلط فى القاعدة القانونية التى تحدد نصيب الوارث فى التركة ، وهو يتناول قيمة الشيء على الالتزام ، فيجيز للوارث أن يطلب إبطال البيع .

ولأن هذا الغلط فى القانون يتطوى فى حقيقته على جهل بالقاعدة القانونية ، فإن الاستناد إليه فى طلب إبطال العقد يعتبر استنادا إلى الجهل بالقانون . وقد أدى هذا بفريق كبير من الفقهاء إلى الظن بأن جواز طلب إبطال العقد فى هذه الحالة يتعارض مع مبدأ عدم جواز الاعتراض بجهل القانون . فذهبوا إلى أن هذا المبدأ لا ينطبق إلا بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة نظرا إلى تعلقها بالنظام العام ، ومن ثم فإن هذه القواعد

لا يجوز طلب الإبطال لغلط فيها . أما القواعد المسكلة فلا ينطبق المبدأ في شأنها لأنها لاتصلح بالنظام العام ، وبالتالي يجوز طلب الإبطال لغلط فيها . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى تأييدا لهذا الظن ما يأتى : « قصد المشروع من نص المادة ١٦٩ (المقابلة للمادة ١٢٢ مدنى) إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط فى القانون ، فكثيرا ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبى . استنادا إلى قاعدة اقتراس عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق تطبيق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بالمسائل الجنائية » (١) .

وهذا الرغم غير صحيح ، إذ لا تعارض بين الأمرين . ذلك أن المبدأ يراد به أن أحدا لا يستطيع أن يحتج بجهله قاعدة قانونية معينة كى يستبعد تطبيقها عليه . وليس فى ذلك ما يعارض مع أن يكون للمتعاقد الحق فى طلب إبطال العقد لغلط . قاعدة قانونية معينة مادام أن هذا الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد : فإبطال العقد لا يعنى استبعاد تطبيق قاعدة قانونية ، ولا المروب من حكم هذه القاعدة . ففى المثل الذى ذكرناه نجد أن الوارث الذى يطلب الإبطال لا يريد استبعاد تطبيق قاعدة الميراث التى تقضى بأن يرث ربع التركة ، بل إنه على العكس من ذلك يريد أن تكون هذه القاعدة محل اعتبار ، حيث يطلب إبطال العقد الذى تم على أساس لا يتفق مع حكمها (٢) .

ومادام أن هذا التعارض المزعوم غير صحيح ، فليس هناك ما يدعوى إلى قصر المبدأ على بعض القواعد القانونية دون البعض الآخر ، بل يجرى على إطلاقه بالنسبة إلى جميع القواعد كما قلنا .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ، ص ١٥٩ .

(٢) انظر فى هذا المعنى كتابنا فى مصادر الالتزام ققرة ١٦٥ .

١٣١ - استثناء من المبدأ :

يخلص مما تقدم أن مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مبدأ عام يصدق بالنسبة إلى كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، ومساواة كانت أمرة أو مكرمة ، وأن جواز طلب إبطال العقد لغلط في القانون لا يتعارض مع هذا المبدأ :

غير أن ثمة حالة استثنائية وحيدة يجوز فيها الاعتذار بجهل القانون. وذلك عندما تقوم قوة القاهرة تؤدي إلى عزل جزء من إقليم الدولة عزلا تاما بحيث يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية إلى هذا الجزء ، وهي الجريدة التي تنشر فيها التشريعات . كما لو حدث هذا العزل بسبب قيام ثورة أو نشوب حرب أو حصول فيضان . وهذا الاستثناء قاصر على القواعد التشريعية ، لأنها القواعد التي تنشر في الجريدة الرسمية بحيث يعتبر هذا النشر شرطا لازما لتتمام نفاذها في حق المخاطبين بها (١) :

الفصل الثاني

نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

١٣٢ - إقليمية التطبيق وشخصية التطبيق :

لا تتور صعوبة في تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان لو أننا تصورنا الدولة منعزلة عن غيرها من الدول ، بحيث لا يوجد في إقليمها إلا من ينتمون إليها بحسبتهم ، ولا يوجد أحد من المقيمين إليها خارج إقليمها ؛ ولا تنشأ علاقات بين الوطنيين والأجانب . إذ في هذه الحالة يسرى قانون الدولة وحده داخل إقليمها ، ولا يطبق خارج هذا الإقليم .

غير أن مثل هذا الفرض لا وجود له اليوم : حيث توجد طائفة من الأجانب في

(١) أنظر فيما تقدم فقرة ٧٢ .

إقليم كل دولة ، فنشأ علاقات بينهم وبين الدولة التي يوجعلون على إقليمها ، أو بينهم وبين الوطنيين . كما أن الاتصال بين الدول أدى إلى نشوء علاقات على نطاق واسع بين الأشخاص في مختلف هذه الدول .

ولهذا تعرض مسألة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان لمعرفة مدى سريان قانون الدولة على هذه العلاقات .

ويتراوح الحل في هذه المسألة بين مبدأين : الأول مبدأ إقليمية التطبيق ، وهو الذى يطاق عليه مبدأ إقليمية القوانين *principe de la territorialité des lois* . ويراد به أن يطبق قانون الدولة على كل مايقع داخل حدود إقليمها ، بحيث يسرى على جميع الأشخاص القاطنين في إقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أو أجناب ، ولا يطبق على مايقع خارج حدود هذا الإقليم ولو بالنسبة إلى الوطنيين . والثاني مبدأ شخصية التطبيق ، وهو الذى يطلق عليه مبدأ شخصية القوانين *principe de la personnalité des lois* ويقصد به أن يطبق قانون الدولة على جميع الأشخاص الممتنعين إليها حتى لو كانوا خارج حدود إقليمها ، ولا يطبق على الأجناب ولو كانوا مقيمين على إقليمها .

ويقوم مبدأ إقليمية التطبيق على أساس ما للدولة من سيادة تامة على إقليمها ؛ فلها أن تفرض النظام الذى تريده على جميع القاطنين في هذا الإقليم . بينما يقوم مبدأ شخصية التطبيق على أساس أن الدولة تمثل جماعة من الأشخاص لا يعتبر الإقليم بالنسبة إليهم سوى محل إقامة ، فهم الذين وضعت القوانين في الأصل من أجلهم ، ومن ثم يجب أن يخضعوا لها أينما كانوا ،

ولو أن مبدأ إقليمية التطبيق أخذ به على إطلاقه لما قام تنازع بين قوانين دول مختلفة . غير أن الاتصال الدولى ، سواء في النطاق الدولى بين الدول أو في النطاق الخاص بين أشخاص من دول مختلفة ، أدى إلى نشوء أوضاع وعلاقات لا يلائمها الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه ، بحيث تدعو الحاجة في مثل هذه الحالات إلى السماح بتطبيق القانون الأجنبي . ومن ناحية أخرى فإن الأخذ بهذا المبدأ الأخير على إطلاقه يتعارض مع ما للدولة من سيادة على إقليمها ويسمح للأجنبي أن يخالف القواعد التي تتعاق بالنظام

العام والآداب في الدولة ، مما يتعين منه أن يحتفظ لقانون الدولة بنطاق معين يطبق فيه دون غيره من قوانين الدول الأخرى .

وهكذا تم الأخذ بالمبدأين معا ، كل منهما في نطاق معين ، فنشأ التنازع بين قوانين دول مختلفة .

وقد تفاوت مدى الأخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول والعصور . ولكن السائد اليوم في أغلب الدول الحديثة أن مبدأ إقليمية التطبيق هو الأصل ، ومبدأ شخصية التطبيق هو الاستثناء .

١٣٣ - تطبيق القانون في مصر :

الأصل في مصر ، كما هو الشأن في أغلب الدول الحديثة ، أن يطبق القانون المصري تطبيقا إقليميا . غير أن هذا الأصل ترد عليه استثناءات تختلف طبيعتها ويتفاوت مداهما بحسب نوع القواعد القانونية .

وقبل أن نعرض لتفصيل ذلك يجدر أن نشير إلى أن تطبيق القانون المصري تطبيقا إقليميا لم يقدر له أن يسود دائما على النحو الذي تراه في غيرها من الدول الحديثة . ذلك أن التطبيق الإقليمي للقانون المصري على نحو سليم يقتضى وحدة القانون المصري الذي يطبق داخل حدود مصر ، كما يقتضى وحدة الهيئة القضائية التي تتولى تطبيق هذا القانون . ومع ذلك فإنه نظرا إلى ظروف مصر الخاصة تعددت القوانين التي تطبق على القاطنين في أرضها ، كما تعددت الهيئات القضائية التي تطبق هذه القوانين . ويرجع ذلك إلى العاملين الآتيين :

(١) الامتيازات الأجنبية : فيمقتضى هذه الإمتيازات كان الأجانب في مصر قبل إنشاء المحاكم المختلطة يخضعون لقوانين بلادهم ، وكان يحاكمهم القنصلية هي التي تخصص بتطبيق هذه القوانين عليهم . وبذلك كان يطبق القانون المصري تطبيقا شخصيا ، إذ لم يكن يطبق على الأجانب ، كما لم تكن المحاكم المصرية مختصة بنظر قضايا الأجانب . ثم أنشئت المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٥ ، فوضعت لها التقنيات المختلطة لتطبقها على الأجانب . وعلى الرغم من كون هذه التقنيات وتلك المحاكم مصرية ، فإن التطبيق الإقليمي للقانون المصري

لم يكن كاملا . إذ كان المصريون يخضعون لقوانين أخرى هي التقنينات الأهلية ، وكانوا يتقاضون أمام هيئة قضائية أخرى هي المحاكم الأهلية ؛ وكانت أغلبية قضاة المحاكم المختلطة من الأجانب . وكان التشريع المصرى ؛ عدا التقنينات المختلطة ، لا يسرى على الأجانب إلا إذا وافقت عليه الجمعية العمومية لحكمة الاستئناف المختلطة ، أو إذا وافقت عليه الدول صاحبة الامتياز بالنسبة إلى بعض المسائل . وظلت المحاكم القنصلية للأجانب هي صاحبة الاختصاص في المسائل الجنائية في غير المخالفات ، أى في الجنح والجنايات ، وفي المسائل المدنية والتجارية غير العقارية إذا كان الخصمان من جنسية واحدة ، وفي مسائل الأحوال الشخصية .

ففي ظل هذا الوضع الشاذ كان الأجنبي في مصر يتمتع بامتيازات تجعله في مركز أسنى من مركز المصرى ، بينما في البلاد الأخرى يكون الأجنبي في مركز أدنى من مركز الوطنى .

ثم ألغيت هذه الإمتيازات بمقتضى اتفاقية مونترو التى عقدها مصر مع الدول صاحبة الامتياز سنة ١٩٣٧ : حيث حددت هذه الاتفاقية فترة انتقال تنتهى في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فبعد انتهاء هذه الفترة زال كل أثر للإمتيازات الأجنبية ، فتوحد القانون المصرى ، وتوحدت الهيئة القضائية المصرية ، بالنسبة إلى جميع المقيمين في مصر من مصريين وأجانب . وبذلك أصبح القانون المصرى مطبقا تطبيقا إقليميا كاملا من هذه الناحية .

(٢) الامتيازات الطائفية : ترجع هذه الامتيازات إلى اختلاف الدين بين المصريين . فهى امتيازات يتمتع بها غير المسلمين من المصريين في بعض مسائل الأحوال الشخصية وبقالا ذكرناه عند الكلام في الدين كصلى رسمى للقانون المصرى في هذه المسائل (١) :

فقد رأينا أنه قبل صدور التقنينات المصرية الأولى في سنتى ١٨٧٥ و ١٨٨٣ ، كانت الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في جميع المسائل ، واستثنى من تطبيقها

غير المسلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ، إذ كانوا يخضعون في هذه المسائل لشرائعهم الدينية . وبعد صدور هذه التقنيات لم تعد الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في جميع المسائل ، بل أصبحت ولايتها العامة قاصرة على المسائل التي أغفلتها هذه التقنيات ومن بينها مسائل الأحوال الشخصية ، وبقي غير المسلمين خاضعين في أحوالهم الشخصية لشرائعهم الدينية بصفة استثنائية وفي حدود مقيدة على النحو الذي فصلناه من قبل .

وقد أدى هذا الوضع إلى تعدد القانون الذي يطبق في مسائل الأحوال الشخصية على المصريين بتعدد دياناتهم ، ففي هذا النطاق يخضع المسلمون للشريعة الإسلامية ، ويخضع المسيحيون للشريعة المسيحية أو القانون الكنسي ، ويخضع اليهود للشريعة الموسوية ، وذلك في الحدود التي رأيناها فيما تقدم . كذلك تعددت الجهات القضائية التي تختص بالنظر في هذه المسائل . فكانت المحاكم الشرعية هي الجهة ذات الاختصاص العام . وكانت المجالس المالية تختص بالنسبة إلى غير المسلمين في الحدود التي رأيناها . وهذا التعدد في القانون الذي يطبق في هذه المسائل ، وفي الجهات القضائية التي تختص بالنظر فيها ، يحول دون تطبيق القانون المصري تطبيقاً إقليمياً كاملاً بالنسبة إلى المصريين أنفسهم . وإذا كان الواجب أن يكون هذا التطبيق إقليمياً بالنسبة إلى الأجانب ، وهو ما تحقق فعلاً منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالأوجب أن يكون كذلك بالنسبة إلى المصريين .

وقد تحقق أخيراً توحيد الجهة القضائية في هذا الخصوص . حيث ألغى الشارع المحاكم الشرعية والمجالس المالية وأحال اختصاصها إلى المحاكم العادية ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

وقبل ذلك تم توحيد فريق من قواعد الأحوال الشخصية بالنسبة إلى المصريين جميعاً . فاجبة ، بعد أن كانت معتبرة من مسائل الأحوال الشخصية ، نظمتها التقنين المدني الحالي باعتبارها عقلاً من العقود المالية . والأهلية والولاية على المال وحدت أحكامهما منذ سنة ١٩٢٥ .

لكن يبقى بعد ذلك الميراث والوصية ، وكذلك المسائل المتعلقة بالأسرة ، وهي

مسائل الزواج والطلاق وما يتفرع عليهما . فهذا الفريق من مسائل الأحوال الشخصية يحلر توحيده حتى تتحقق وحدة القانون بعد أن تحققت وحدة الجهة القضائية ، وبذلك يتوفر للقانون المصرى التطبيق الإقليمى الكامل . ولنا أمل وطيد فى الوصول إلى هذه الغاية عما قريب .

ونعود بعد ذلك إلى تفصيل ما قلناه من أن الأصل هو أن يطبق القانون المصرى تطبيقاً إقليمياً ، وأن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل . حيث يقتضى الأمر أن نبين ذلك فى نطاق القانون العام الداخلى ، ثم فى نطاق القانون الخاص ، ثم نعرض أخيراً لاستثناء بمقتضى قواعد القانون الدولى العام .

المبحث الأول

القانون العام

١٣٤ - مبدأ إقليمية التطبيق :

يسود فى نطاق القانون العام الداخلى مبدأ إقليمية تطبيق القانون المصرى ، إذ أن قواعد هذا القانون تتصل اتصالاً وثيقاً بسيادة الدولة وأمنها وسلامتها ، ومن ثم تتعلق جميعها بالنظام العام : ولذلك لا يرد فى هذا النطاق من الاستثناءات إلا ما يقتضيه أمن الدولة وسلامتها .

وإذا كان هناك تفریق فى المعاملة بين الوطنين والأجانب فى هذا المجال ، وهو ما نجده فى جميع الدول ، فإنه لا يخل بمبدأ إقليمية التطبيق ، إذ أن قانون الدولة هو الذى يسرى على الأجانب .

ونوضح ذلك من التطبيقات الآتية :

(١) فلا يسرى القانون الدستورى إلا فى داخل الدولة فيما يتعلق بتحديد نظام الحكم فيها وبيان السلطات العامة واختصاص كل منها وعلاقتها بعضها البعض الآخر : أما فى خصوص ما يقرره هذا القانون للأفراد من حريات عامة وحقوق وواجبات قبل الدولة ، فإن الأجانب فى جميع الدول لا يتمتعون بالحقوق ذاتها التى

يتمتع بها الوطنيون ، ولا يلتزمون بالواجبات ذاتها التي يلتزم بها الوطنيون : فثلا يقتصر حق الانتخاب وحتى الترشيح للهيئات النيابية على الوطنيين دون الأجانب ، ويقتصر حق تولي الوظائف العامة بحسب الأصل على الوطنيين . ويقتصر واجب أداء الخدمة العسكرية على الوطنيين . إنما يلاحظ أن قانون الدولة بما يتضمنه من قيود في هذا الشأن هو الذي يسرى ، فهو وحده الذي يحدد ما يتمتع به الأجانب من حقوق ويلتزمون به من واجبات .

(٢) ويطبق القانون الإداري تطبيقاً إقليمياً . إذ أنه ينظم نشاط السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الإدارية . وهناك قواعد خاصة بالموظفين الأجانب ، إنما يقرر هذه القواعد قانون الدولة ، فهو القانون الذي يحكم العلاقة بين الموظف الأجنبي والدولة ، ولهذا قلنا إن هذه الضيقة في المعاملة بين الوطنيين والأجانب ليس من شأنها أن تحمل عبئاً إقليمية التطبيق في هذا المجال . كما أنه إذا ارتبط أجنبي مع الدولة بعقد إداري فإن هذه العلاقة يحكمها قانون الدولة بصرف النظر عما يقرره قانون دولة الأجنبي :

(٣) ويطبق القانون المالي تطبيقاً إقليمياً . إذ أنه ينظم مالية الدولة من حيث إيراداتها ومصرفاتها . فإذا مارس الأجنبي نشاطاً يخضع لضريبة معينة التزم بدفع هذه الضريبة وفقاً لقانون الدولة :

(٤) والأصل فيما يتعلق بقانون العقوبات هو إقليمية التطبيق . وقد نصت المادة الأولى من تقنين العقوبات المصري في هذا الصدد على أن « تسرى أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه » . فن يرتكب جريمة في مصر يسرى عليه قانون العقوبات المصري ، ولو كان أجنبياً . ومن يرتكب جريمة في الخارج لا يسرى عليه القانون المصري ، ولو كان مصرياً :

غير أنه استثناء من هذا المبدأ يسرى القانون المصري على بعض الجرائم التي ترتكب في الخارج مراعاة لاعتبارات معينة :

١ - فهناك حالات تكون مصر فيها أولى مع غيرها من الدول بالعقاب على بعض الجرائم التي ترتكب في الخارج ، سواء صدرت من مصريين أو أجانب ، وذلك إذا كان الفعل الذي ارتكب في الخارج يجعل من صدرته قاعلاً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في مصر (م ٢ بند أولاً عقوبات) .

ب - كما أن حق الدولة المصرية في المحافظة على أمنها وكيانها يخولها العقاب على الجرائم التي ترتكب في الخارج ، سواء صدرت من مصريين أو أجنب ، إذا كانت تخل بأمن حكومتها أو تعتبر تزويراً في أوراقها الرسمية أو اختتامها أو تزييفاً في نقودها (م ٢ بند ثانياً عقوبات) .

ج - كذلك تقضى الضرورة بأن تعاقب الدولة المصرية كل من يرتكب من رعاياها في الخارج فعلاً يعتبر في القانون المصرى جنائياً أو جنحة إذا عاد إلى مصر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكب فيه (م ٣ عقوبات) ، حتى لا تكون اللعوزة وسيلة إلى الهرب من العقاب ، ولكى لا تضطر الدولة إلى تسليم رعاياها . وذلك ما لم يثبت أن المحاكم الأجنبية برأته مما نسب إليه أو أنها حكمت عليه نهائياً واستوفى عقوبته (م ٤ عقوبات) .

المبحث الثانى

القانون الخاص

١٣٥ - تنازع القوانين من حيث المكان :

إن أهم استثناء يرد على مبدأ إقليمية تطبيق القانون المصرى هو ذلك الذى ينشأ عن الأخذ بقواعد القانون الدولى الخاص المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان . ذلك أن العلاقات القانونية فى نطاق القانون الخاص لا تتعلق بسيادة الدولة وكيانها والنظام العام فيها على النحو الذى نراه فى نطاق القانون العام : لذلك اقتضى قيام هذه العلاقات فى المجال الدولى ، بأن تكون ذات عنصر أجنبى ، إلى الخروج على مبدأ الإقليمية التطبيق ، حيث يسمح بأن يطبق فى الدولة قانون أجنبى لدولة أخرى . وقد رأينا أن قواعد تنازع القوانين من حيث المكان ، ويقال لها كذلك قواعد تنازع الاختصاص التشريعى ، أو قواعد الإسناد ، تتكفل ببيان القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبى (١) .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٤٩ .

وقد تعين هذه القواعد قانونا اجنيا يطبق على ما يقع في داخل مصر ، ويعتبر تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة خروجاً على مبدأ اقليمية تطبيق القانون المصري : كما قد يؤدي الأخذ بهذه القواعد في بلد أجنبي إلى تطبيق القانون المصري على ما يقع خارج مصر ، ويكون هذا أيضاً خروجاً على مبدأ اقليمية تطبيق القانون المصري .
فمثلاً فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية تقضى قواعد الاسناد المصرية بأنها تخضع بوجه عام لقانون الدولة التي يتبعها الشخص بمنسبته . فإذا نشأ نزاع في مصر بين زوجين اجنيين يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة زواجهما طبق قانون جنسيتهما (م ١٢ مدني) . وإذا تم زواج في الخارج بين مصريين فإنه يخضع من حيث الشروط الموضوعية لصحة للقانون المصري . وفي كلا هذين الحالتين يرد استثناء على مبدأ اقليمية تطبيق القانون المصري .

ويلاحظ أن هذا الاستثناء مقيد بعدم المساس بالنظام العام والآداب . فالسماح بتطبيق قانون أجنبي وفقاً لما تقضى به قواعد الاسناد المصرية يشترط فيه ألا تكون القواعد الأجنبية الواجبة التطبيق مخالفة للنظام العام والآداب في مصر . وقد نصت المادة ٢٨ مدني في هذا المعنى على أنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في مصر » .
فمثلاً إذا كانت القاعلة الاجنية تخرم الطلاق على الزوج المسلم ، أو تحل زواج المسلمة من غير المسلم ، فلا يجوز تطبيقها ؛ بل يطبق القانون المصري وهو الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث

القانون الدولي العام

١٣٦ - امتيازات وحصانات رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين :

يتعلق الأمر هنا باستثناء يرد على مبدأ اقليمية التطبيق بمقتضى مبادئ القانون الدولي العام . فقد جرى العرف الدولي على أن يتمتع رؤساء الدول الأجنبية وممثلوها الدبلوماسيون بامتيازات وحصانات تعتبر خروجاً على مبدأ اقليمية التطبيق . من ذلك

أنه لا يجوز التعرض للدورهم ولا لحفظاتهم أو وثائقهم . ويعفون من أداء الضرائب والرسوم والتفتيش . ولا تسرى عليهم أحكام قانون الجنسية . ولا يخضعون للقضاء الجنائي إطلاقاً . ولا يخضعون للقضاء المدني أو الإداري في حدود معينة . ففي هذا النطاق لا يخضع هؤلاء لقانون الدولة التي يتقلون إليها أو يباشرون أعمالهم فيها .

النوع الثالث

نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

١٣٧ - تحميم :

يظل القانون يسرى على ما يقع بعد نفاذه إلى يوم إلغائه . فإذا أعقبه قانون جديد سرى هذا القانون على ما يقع بعد نفاذه . غير أنه مع ذلك قد تنشأ صعوبات في تحديد مدى سريان كل من هذين القانونين على بعض الأوضاع القانونية ، حيث يقوم بينهما تنازع على حكم هذه الأوضاع .
ولذلك نتكلم أولاً في إلغاء القانون ، ثم في تنازع القوانين من حيث الزمان .

المبحث الأول

إلغاء القانون

١٣٨ - تعريف :

إلغاء القاعدة القانونية أو نسخها هو رفع قوتها الملزمة بإنهاء سريانها ، سواء كان ذلك لاستبدال قاعدة أخرى بها أو للاستثناء عنها . فيزول عنها وصف القاعدة القانونية من وقت هذا الإلغاء :

ويرد الإلغاء على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها . وتختلف السلطة التي تملك باختلاف المصدر الذي نشأت عنه القاعدة القانونية . كما أنه لا يتم بطريقة واحدة . ومن هنا نتكلم في السلطة التي تملك الإلغاء ، ثم في أنواع الإلغاء :

المطلب الأول

السلطة التي تملك الإلغاء

١٣٩ - إلغاء القواعد التشريعية :

القاعدة أن السلطة التي تملك إلغاء القاعدة القانونية هي تلك التي تملك إنشاءها ، أو سلطة أعلى منها إذ أن من يملك الأكثر يملك الأقل .
وقد رأينا أنه ، بمقتضى المادة الأولى من التقنين المدني ، يعتبر التشريع هو المصدر الأصلي العام الذى تستمد منه القواعد القانونية ، بحيث لا يلجأ إلى مصدر آخر إلا إذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية .
ويترتب على ذلك أن القاعدة التشريعية لا تلغى إلا بقاعدة تشريعية . وقد نصت المادة الثانية من التقنين المدني فى هذا المعنى على أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ... » .
ونظرا إلى تدرج التشريعات فى القوة لا تلغى القاعدة التشريعية إلا بقاعدة تشريعية من درجتها ، أو من درجة أعلى منها . فقلد رأينا أن التشريع على درجات ثلاث ، مما لا يجوز معه أن يأتى التشريع الأدنى مخالفا للتشريع الأعلى منه . وكما يراعى هنا التدرج فى إنشاء القاعدة التشريعية ، تنبغى مراعاته كذلك فى إلغائها . فالتشريع الأساهى لا يلغى إلا بتشريع أساسى . والتشريع العادى لا يلغى إلا بتشريع عادى أو بتشريع أساسى . والتشريع الفرعى يلغى بتشريع فرعى أو بتشريع عادى أو بتشريع أساسى . كما يترتب على ذلك أن القاعدة التشريعية لا يلغىها العرف ، إذ هو أدنى مرتبة منها ، كما أن نص المادة الثانية من التقنين المدني الذى ذكرناه قاطع فى هذا المعنى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني فى هذا الصدد ما فى :
« وغنى عن البيان أن النص على عدم جواز نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق » (١)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

وعليه ، فليس صحيحاً ما يراه البعض من إمكان إلغاء التشريع عن طريق إهمال تطبيقه مدة طويلة . فإذا صح ما يقال من أن هذا الإهمال يؤدي إلى نشوء عرف سلمي يخالف للتشريع ، فإن هذا العرف لا يلغى التشريع . وقد رأينا أن العرف لا يجوز أن يخالف التشريع ، سواء كانت القاعدة التشريعية أمرة أو مكرمة ، وأنه في الحالات الاستثنائية التي يمكن أن ينشأ فيها عرف يخالف لبعض القواعد التشريعية المسكلة بمقتضى نصوص خاصة فإن هذا العرف لا يلغى القاعدة التشريعية (١) . ومن ثم فإن القاعدة التشريعية ، سواء كانت أمرة أو مكرمة ، لا يمكن إلغاؤها بواسطة قاعدة عرفية .

١٤٠ - إلغاء القواعد غير التشريعية :

تلغى القاعدة الدينية بقاعدة تشريعية . فقد رأينا أن الدين يعتبر مصدراً رسمياً على التشريع في مسائل الأحوال الشخصية . فإذا كانت القاعدة الدينية هي المطبقة في هذا المجال ، ثم تدخل الشارع فاستبدل بها قاعدة تشريعية ، فإن هذه الأخيرة تلغى القاعدة الدينية . ومن الواضح أن هذا الإلغاء لا يرفع عن القاعدة الدينية صفتها الدينية ، فهذه الصفة تبقى لها ، وإنما يرد الإلغاء عليها باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الوضعي فيرفع عنها قوتها الملزمة .

وتلغى القاعدة العرفية بقاعدة عرفية أخرى تخالفها . فإذا كان هناك عرف قائم ، ثم تطورت الظروف فنشأ عرف يخالفه ، فإن هذا يعني أن العرف اللاحق قد ألغى العرف الذي كان قائماً من قبل . كما تلغى القاعدة العرفية بقاعدة تشريعية ، إذ أن التشريع مقدم على العرف في التطبيق ، بحيث لا يلتجأ إلى العرف إلا إذا لم تكن هناك قاعدة تشريعية كما رأينا . فإذا وضعت قاعدة تشريعية في مسألة معينة امتنع تطبيق العرف فيها ، إذ تكون القاعدة التشريعية قد ألغت هذا العرف .

وتلغى القاعدة المستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية بقاعدة تشريعية أو عرفية ، إذ أن التشريع والعرف مقدمان في التطبيق على القواعد المستمدة من هذه المبادئ

كما قلنا : فإذا كانت هناك مسألة تحكمها قاعدة مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية لعدم وجود تشريع أو عرف في خصوص هذه المسألة ، ثم وضعت قاعدة تشريعية أو نشأت قاعدة عرفية تحكمها ، فإن القاعدة المستمدة من مبادئ الشريعة تكون قد أنهت باعتبارها قاعدة من قواعد القانون الوضعي .

المطلب الثاني

أنواع الإلغاء

١٤١ - إلغاء الصريح وإلغاء الضمني :

نصت المادة الثانية من التقنين المدني في هذا الصدد على أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » :

وإذا كان هذا النص يتناول فحسب إلغاء القواعد التشريعية ، فإن الإلغاء كما رأينا لا يقتصر على هذه القواعد ، بل يصح أن يرد على جميع القواعد القانونية أيًا كان مصلوها .

ويتضح من النص أن الإلغاء قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً . وسنعرض لـ هذين النوعين على التوالى .

١٤٢ - (١) إلغاء الصريح :

لا يتحقق الإلغاء الصريح *l'abrogation expresse* إلا بواسطة التشريع ، إذ أن التشريع هو الذى يتصور فيه التصريح بالإلغاء .

والغالب أن يكون الإلغاء الصريح بصور تشريع ينص فيه على إلغاء تشريع سابق معين ، أو ينص فيه على إلغاء ما يخالفه من قواعد . ومن أمثلة النص على إلغاء

تشريع سابق معين مانصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ الخاص بإصدار التقنين المدنى الحالى ، إذ تقول : « يلغى القانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المخططة والصادر فى ٢٨ يونية سنة ١٨٧٥ ويستعاض عنها بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون » . ومن أمثلة النص على إلغاء ما يخالف قواعد التشريع مانصت عليه المادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ فى شأن تنظيم الجامعات من أنه « يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون » .

وإذا نص فى التشريع على إلغاء ما يخالفه من قواعد فإن الإلغاء حينئذ يشمل جميع ما يخالف هذا التشريع من قواعد ، سواء كانت قواعد تشريعية أو غير تشريعية : ويعتبر من قبيل الإلغاء الصريح أن يتضمن التشريع نصا على أن يعمل به مدة معينة ، أو إلى أن يتحقق أمر معين . فإذا انقضت تلك المدة أو تحقق هذا الأمر أصبح التشريع ملغيا : ومن أمثلة الإلغاء بفوات المدة معينة لسريان التشريع القواعد الخاصة بالتسجير الجبرى لبعض السلع والتي ينص فيها على سريانها لمدة معينة : ومن أمثلة الإلغاء بتحقيق أمر معين مانصت عليه المادة الثامنة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٨٤ لسنة ١٩٥٨ فى شأن تنظيم الجامعات من أنه « إلى أن يتم تشكيل مجلس جامعة أسيوط وهيئاتها المختلفة المبينة فى القانون المرافق يتولى وزير التربية والتعليم اختصاصات مجلس الجامعة ويتولى مدير الجامعة باقى الاختصاصات » .

١٤٣ - (٢) الإلغاء الضمنى :

الإلغاء الضمنى *l'abrogation tacite* هو الذى لا ينص عليه صراحة ، وإنما يستخلص من تعارض قاعدة جديدة مع قاعدة قديمة ، أو من تنظيم تشريع جديد لموضوع سبق أن نظمته تشريع قديم . فهو يقع فى الصورتين الآتيتين :

١٤٤ - الصورة الأولى : تعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة :

إذا تعارضت قاعدة قانونية جديدة مع قاعدة قانونية قديمة ، أفاد هذا ضمنا نسخ القاعدة القديمة لتعمل تطبيق القاعدتين معا . فإذا كانت القاعدة الجديدة قاعدة تشريعية دل هذا التعارض على أن الشارع أراد أن يلغى ضمنا القاعدة القديمة .

وتصلق هذه الصورة للإلغاء الضمني في الواقع على جميع القواعد القانونية أيا كان مصدرها . فهو يحقق إذا قام تعارض بين قاعدة تشريعية جديدة وقاعدة تشريعية قديمة . أو بين قاعدة تشريعية جديدة وقاعدة قديمة دينية أو عرفية أو مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية . أو بين قاعدة عرفية جديدة وقاعدة قديمة عرفية أو مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية .

ويكون الإلغاء حينئذ في حدود ما هناك من تعارض بين القاعدة الجديدة والقاعدة القديمة . فهو يقع بالقدر الذي يرفع التنافر بين القاعدتين .

فإذا كان التعارض تاما بين هاتين القاعدتين نسخت القاعدة القديمة بأكملها . ويتحقق ذلك إذا كانت القاعدتان كلتاهما عامة ، أو كانتا كلتاهما خاصة . إذ في كلا الحالتين يكون الحكم الذي تضمنته القاعدتان المتعارضتان ذا صفة واحدة من حيث كونه عاما أو خاصا ، فلا يمكن رفع ما بينهما من تناقض إلا بإلغاء إحداها كلية ،

أما إذا كان التعارض جزئيا فلا يقع الإلغاء إلا في حدود القدر الذي يوجد فيه التعارض بين القاعدتين . ويتحقق ذلك إذا كانت إحدى القاعدتين عامة والأخرى خاصة . إذ في هذه الحالة تتضمن إحدى القاعدتين حكما عاما ، وتتضمن الأخرى حكما خاصا يتناول مسألة جزئية تدخل في نطاق الحكم العام ولكنها تخالفه ، فينسخ من الحكم العام ما يقابل هذه المسألة الجزئية ، ويبقى ما عدا هذه المسألة من الحكم العام حيث لا تعارض في شأنه . وذلك سواء صدرت القاعدتان في وقت واحد ، أو كانتا متعاقبتين .

فإذا كانت القاعدة القديمة عامة ، والقاعدة الجديدة خاصة ، فلا تلغى القاعدة القديمة

بأكملها ، وإنما يلغى منها ما اختصت به القاعدة الخاصة . حيث تحذف القاعدة الجديدة الخاصة بقدر ما جاءت به من نطاق القاعدة القديمة العامة ، فتكون استثناء واردا عليها . مثل ذلك أن التفتين المدني القديم كان يتضمن قاعدة تقضى بأن الملكية تنتقل بمجرد العقد في الأموال منقولة كانت أو عقارية ، ثم صدر قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ، ومن بعده قانون الشهر العقاري سنة ١٩٤٦ ، فقضيا بأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل . فكانت القاعدة في التفتين القديم تتضمن حكما عاما يتناول الأموال جميعا سواء كانت منقولة أو عقارية ، بينما تتضمن القاعدة الجديدة في قانون التسجيل وقانون الشهر العقاري حكما خاصا مخالفا بالنسبة إلى العقارات . فترتب على ذلك إلغاء الحكم العام الوارد في التفتين القديم في شأن العقارات فحسب ، وبقي هذا الحكم في شأن المنقولات . وبذلك أصبحت القاعدة الخاصة استثناء واردا على القاعدة العامة .

وإذا كانت القاعدة القديمة خاصة ، والقاعدة الجديدة عامة ، فلا تلغى القاعدة الخاصة ؛ لأن الحكم الخاص لا يلغى ضمنا إلا بحكم خاص مثله يتعارض معه . فالقاعدة العامة لا تلغى القاعدة الخاصة ، وإنما تظل القاعدة الخاصة باعتبارها استثناء يرد على القاعدة العامة . مثل ذلك أن قانون الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ يتضمن قاعدة تقضى بأن الملكية في العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل . ثم جاء التفتين المدني الحالي بعد ذلك فأورد قاعدة عامة تقضى بأن الملكية تنتقل بمجرد التعاقد ، وأضاف في نهايتها عبارة « وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (م ٢٠٤ مدني) . ولو أن الشارع لم يذكر هذه العبارة لما تغير الحكم . فالحكم الوارد في قانون الشهر العقاري حكم خاص لا يلغيه الحكم العام الوارد في التفتين المدني . وبذلك يظل الحكم الخاص استثناء واردا على الحكم العام ،

١٤٥ - الصورة الثانية : تنظيم الموضوع من جديد :

إذا صدر تشريع ينظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده تشريع قديم ، فإنه يستخلص من إعادة تنظيم هذا الموضوع أن القواعد الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التي لا تتعارض معها (١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى فى هذا المعنى إن من صور النسخ الضمنى « أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعاً من الأوضاع أفرد له تشريع سابق . وفى هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً ولو انتفى التعارض بين بعض نصوص هذا التشريع والتشريع الذى تلاه » (٢) .

فالمرغوض فى هذه الصورة أن يتعلق التعارض بين التشريع الجديد والتشريع السابق بالمبدأ الذى أسس عليه هذا الأخير ، ولذلك يتناول النسخ أحكام التشريع السابق جميعها .

(١) ولكن إعادة تنظيم الأحكام العامة الموضوع لا تؤدى إلى إلغاء الأحكام الخاصة القديمة فى هذا الموضوع إلغاءً ضمناً . ولذلك فإن التقنين المدنى الحالى قد أعيد فيه تنظيم الموضوعات المختلفة التى شملها ، ومع ذلك لم يرتب عليه إلغاء ضمنى للقوانين الخاصة السابقة عليه والتى تضمنت أحكاماً خاصة فى بعض هذه الموضوعات ؛ كقانون تجزئة الضمان الصادر فى سنة ١٩٤٢ وقانون إيجار الأماكن الصادر فى سنة ١٩٤٧ . إذ أن هذا التقنين قد نظم من جديد الموضوعات التى شملها فى أحكامها العامة ؛ مما لا يؤدى إلى نسخ الأحكام الخاصة القديمة فى خصوص بعض هذه الموضوعات .

وتأييداً لذلك فإن المادة الأولى من قانون إصدار هذا التقنين كانت تتضمن فى المرسوم فقرة ثانية تنص على أن « يلقى كل نص يخالف أحكام القانون المدنى المرافق لهذا القانون » . ولكن حذفت هذه الفقرة فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ؛ وذلك « بقصد الإبقاء على التشريعات الخاصة التى صدرت استثناء من القانون المدنى منقطة أوضاعاً دائمة أو مؤقتة حتى لا ينصرف النص فى موهبه إلى إلغاء هذه الأوضاع الأمر الذى لا يخلط فى فصل المشرح » (مجموعة الأعمال التشريعية لقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٦٨ - ١٧٠) .

(٢) مجموعة الأعمال التشريعية لقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

والغالب أن ينص الشارع صراحة في التشريع الجديد على إلغاء التشريع السابق .
غير الحكم لا يتغير لو أنه سكت عن هذا الإلغاء الصريح ، حيث يكون الإلغاء ضمنا
بالنسبة إلى التشريع السابق بأكمله : فمثلا في قانون تنظيم الجامعات ، وقانون الشهر
العقارى ، وقانون إيجار الأماكن ، نص الشارع على إلغاء التشريعات السابقة التي كانت
تنظم هذه الموضوعات ، ولو أنه سكت عن ذلك لألغيت هذه التشريعات ضمنا .

المبحث الثانى

تنازع القوانين من حيث الزمان

١٤٦ - وضع المسألة

يقوم تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان ، بحسب الأصل ، على مبدأين
أساسيين : الأول أن القانون يسرى على الوقائع التي تحدث من يوم نفاذه إلى يوم إلغائه ،
وهذا ما يعبر عنه بالأثر المباشر أو الفورى أو الحال للقانون *effet immédiat* . والثانى
أن القانون لا يسرى على الوقائع التي تحدث قبل نفاذه ، وهذا ما يعبر عنه بعدم رجعية
القوانين ، أو بعدم سريان القوانين على الماضى ، أو بعدم استناد القوانين إلى الماضى
la non - rétroactivité des lois .

فإذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى ، سرت القاعدة
الجديدة على ما يقع من يوم نفاذها ، وامتنع سريانها على ما وقع قبل هذا النفاذ ، كما
يقف سريان القاعدة القديمة : وعلى هذا النحو يتحدد ، بحسب الأصل ، نطاق تطبيق
هاتين القاعدتين من حيث الزمان .

ولا تتور صعوبة في تحديد هذا النطاق إذا تعلق الأمر بأوضاع قانونية نشأت
وترتبت آثارها جميعا في ظل قانون معين . حيث لا يتصور في هذه الحالة أن يقوم تنازع
على حكم هذه الأوضاع بين قاعدة وأخرى ، فإنا نشأ من أوضاع وترتبت آثاره في ظل
القاعدة القديمة يخضع لها ؛ وتلك التي تنشأ وترتبت آثارها في ظل القاعدة الجديدة

تخضع لها . كأن يتعاقد شخصان ، وينفذ كل منهما التزاماته ، فتنتضي الرابطة العقدية بينهما ، ويحدث هذا كله في ظل قواعد لم تتغير ، إذ أن هذه القواعد هي التي تطبق : أو يرتكب شخص جريمة ، فتم محاكمته ، وينفذ الحكم الصادر ضده ، دون أن تتغير القواعد التي تحكم كل هذا .

لكن تنور الصعوبة في هذا الخصوص بالنسبة إلى أوضاع قانونية تمتد في ظل قانونين مختلفين . فهناك أوضاع يستغرق تكوينها زمنا طويلا ، كالترقيم والوصية ، فيبدأ تكوينها في ظل قانون ويتم في ظل قانون آخر . وهناك أوضاع يستغرق ترتيب آثارها زمنا طويلا ، كحقد القرض بفائدة والزواج والجريمة والتقاضى ، فتنشأ في ظل قانون وترتب آثارها أو تنتضي في ظل قانون آخر . وهناك أوضاع تتعلق بصلاحيات الشخص ، كالأهلية ، فتتوفر للشخص في ظل قانون وتنتقل أحكامها في ظل قانون آخر . ففي مثل هذه الحالات يثور التساؤل لمعرفة ما يسرى عليه القانون القديم وما يسرى عليه القانون الجديد ، بغية تحديد نطاق تطبيق كل منهما ، كما يتضح من الأمثلة الآتية :

فإذا كان القانون يجيز للشخص أن يكسب ملكية الشيء بالتقادم إذا حازه مدة خمس عشرة سنة بشروط معينة ، فحاز شخص عقارا مملوكا لغيره مدة عشر سنوات ، ثم صدر قانون جديد يطيل المدة أو يقصرها أو يغير من شروط التقادم الأخرى ، فإلى أى حد يسرى هذا القانون على مركز الحائز ؟ .

وإذا أبرمت وصية لوارث في ظل قانون يجعل نفاذها رهينا بإجازة الورثة ، ثم صدر قبل وفاة الموصى قانون جديد يقضى بنفاذ الوصية في ثلث التركة بغير إجازة الورثة ، فهل يسرى هذا القانون الجديد على الوصية التي أبرمت قبل نفاذه ؟ :

وإذا تم قرض بفائدة سعرها ٨٪ في ظل قانون يجيز هذا السعر ، ثم صدر قانون جديد يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة الإنفاقية ٧٪ ، فما أثر هذا القانون على القوائد التي لم تستحق إلا بعد نفاذه ؟ :

وإذا كان القانون يحول الزوج حق الطلاق دون حاجة إلى حكم من القاضي ، ثم صدر قانون جديد أثناء قيام الزوجية يحرم الطلاق إلا بحكم من القاضي ، فهل يسرى هذا القانون على من تزوجوا قبل نفاذه ؟ :

وإذا ارتكب شخص جريمة ، ثم صدر قانون جديد أثناء نظر الدعوى أو بعد صدور الحكم بالعقوبة وقبل تمام تنفيذها يحكم الجرمعة أو يخفف العقوبة أو يشدها ، فما أثر هذا القانون على مركز ذلك الشخص ؟ :

وإذا رفعت دعوى أمام المحكمة المختصة بنظرها وفقا للإجراءات التي يتطلبها القانون ، ثم صدر قانون جديد أثناء نظر الدعوى يجعلها من اختصاص محكمة أخرى أو يتطلب في شأنها إجراءات غير التي كانت مقررة ، فما مدى سريان هذا القانون على تلك الدعوى ؟ .

وإذا كان القانون يجعل سن الرشد ثمانى عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد يرفع هذه السن إلى إحدى وعشرين سنة ، فما مركز الأشخاص الذين بلغوا الرشد في ظل القانون القديم ولم يبلغوا وقت نفاذ القانون الجديد السن المقررة في هذا القانون ؟ ، وما حكم التصرفات التي عقدها هؤلاء في ظل القانون القديم ؟ .

وفضلا عن الصعوبة التي توجد في مثل هذه الحالات فإن مع المسلم به أن المبدأين اللذين يسيطران في هذا الخصوص ، وهما مبدأ الأثر المباشر للقانون ومبدأ عدم رجعية القوانين ، لا يجريان على إطلاقهما ، بل ترد عليهما بعض الاستثناءات .

وقد كان مبدأ عدم رجعية القوانين هو المبدأ الأول الذى وجد من قديم كأساس لحل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان . ولكن نظرا إلى عدم كفاية ذلك المبدأ لمواجهة هذه المشكلة ظهرت نظريات فقهية تهدف إلى إيجاد الأسس والضوابط التي تتبع في هذا الشأن . كما عنى الشارع بإيراد حلول لبعض صور التنازع :

ولهذا نتكلم أولا في مبدأ عدم رجعية القوانين . ثم نتناول النظريات الفقهية التي ظهرت في هذا الشأن كي نخلص إلى ما يصح الأخذ به منها ونحدد القواعد التي يجب أن تتبع . ونعرض أخيرا للحلول التشريعية التي عالجتها بعض صور التنازع .

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القوانين

١٤٧ - ضرورة مبدأ عدم رجعية القوانين :

مبدأ عدم رجعية القوانين ، أو عدم سريان القوانين على الماضي ، مبدأ أساسي يعتبر من قديم هو الأصل في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان : وهو يقوم على أساس من المنطق والعادلة والمصلحة العامة .

حيث يقضى المنطق بعدم سريان القانون على الوقائع التي حصلت في الماضي قبل نفاذه ، بحيث يقتصر سريانه على الوقائع المستقبلية التي تحصل بعد هذا التماز . إذ أن القانون خطاب موجه إلى الأشخاص يتناول ما يجب أن يكون عليه سلوكهم في خصوص أمر معين ، فلا يصور أن يفرض هذا السلوك بالنسبة إلى وقائع مضت وانتهى أمرها قبل أن يوجه هذا الخطاب ، وإنما يكون ذلك بالنسبة إلى ما يقع منها في المستقبل .

وتأني العدالة أن يسرى القانون على أفعال أو تصرفات سابقة على نفاذه . فليس من العدل أن يأتي الأفراد أفعالاً مباحة ، ثم يصدر قانون يفرض عقوبة تسرى على ما وقع من هذه الأفعال قبل نفاذه . أو يرمم الأفراد تصرفات تخولهم حقوقاً معينة وفقاً لأحكام القانون القائم ، ثم يصدر قانون جديد يعدل من هذه الأحكام ويسرى على ما تم قبله من تصرفات .

وتوجب المصلحة العامة للجماعة ألا يسرى القانون على الماضي حتى تتحقق ثقة الناس في القانون ويتوفر الاستقرار الواجب للمعاملات ، وبدون ذلك تهبط هذه الثقة ، فلا يطمئن الناس إلى أفعال يأتونها رغم كونها مباحة ولا إلى تصرفات يرمونها وفقاً للقواعد القائمة ، الأمر الذي يبعث القلق ويؤدي إلى تعطيل الأعمال وتقويض النظام في المجتمع .

ومن هنا يبلو جلياً أن المبدأ ضروري لكفالة حريات الأفراد : وضمان الثقة في القانون ، وتوفير الاستقرار والنظام في المجتمع .

١٤٨ - النص على المبدأ وسرى قوته :

نظرا إلى الاعتبارات التي تقضى بضرورة الأخذ بمبدأ عدم رجعية القوانين ،
تحرص أغلب الدول الحديثة على النص عليه في تقييدات ، بل إن الكثير منها ينص عليه
في الدستور .

وقد ورد النص على هذا المبدأ في مصر منذ صدور التقييدات الأولى ، وذلك
في لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ولائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، كما نصت عليه الدساتير
المختلفة : فنصت المادة ١٦٤ من الدستور الحالي على أنه « لا تسرى أحكام القوانين
إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها . ومع ذلك
يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء
مجلس الأمة » :

ويتضح من هذا النص الدستوري أن المبدأ يقيد القاضي ، فلا يجوز له مطلقا أن
يخرج عليه . أما الشارع فتختلف سلطته في المواد الجنائية عنها في المواد الأخرى .
ففي المواد الجنائية يقيد الشارع كذلك بالمبدأ ، فلا يملك النص في تشريع يقرر
جريمة جديدة أو يشدد عقوبة سابقة على سريان هذا التشريع على ما ارتكب من
أفعال قبل نفاذه ، وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد . ولذلك فإنه بالإضافة إلى
ما يفيد ذلك النص في هذا المعنى ، نصت المادة ٢٥ من الدستور على أنه « لا جريمة
ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون
الذي ينص عليها » . كما نصت المادة الخامسة من تقييد العقوبات على أنه « يعاقب على
الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » . وسرى أنه ، استثناء من هذا
المبدأ ، تسرى القوانين الجنائية بأثر رجعي إذا كانت أصلح للمتهم .

أما في غير المواد الجنائية فيجوز للشارع أن يخرج على المبدأ ، فنص على أن يكون
للقانون أثر رجعي . وبين من عبارة المادة ١٦٤ من الدستور أن هذا الخروج رخصة
استثنائية للشارع ، فلا تستخدم إلا إذا اقتضتها مصلحة الجماعة . ولذلك يجب أن نص

على الرجعية صراحة ، فلا يصح أن تستفاد ضمناً ، ويجب أن يرد هذا النص في تشريع عادى بالتسبة إلى أحكام هذا التشريع ، فلا يصح أن يرد في تشريع فرعى . ويجب أن يوافق على هذا النص أغلبية أعضاء مجلس الأمة ، فلا تكون أغلبية الأعضاء الحاضرين في الجلسة إذا كانت دون أغلبية أعضاء المجلس .

١٤٩ - المذمة الى بيان صدور تطبيق المبدأ :

يتضح مما قلناه في بياننا لوضع المسألة منذ البداية أن هناك أوضاعاً قانونية تمتد في ظل قانونين متعاقبين ، سواء فيما يتعلق بتكوينها أو ترتيب آثارها أو توفر ما تتطلبه من صلاحية في الشخص . ولا يكفي أن يرد مبدأ عدم رجعية القوانين على النحو الذي رأيناه لحل مشاكل تنازع القوانين في مثل هذه الحالات . إذ يبقى بعد ذلك أن نعرف إلى أي حد يسرى القانون القديم على هذه الأوضاع ، ومتى يسرى عليه القانون الجديد .

وقد عرض الشارع لبعض صور التنازع فيورد الحلول التي تتبع في شأنها كما سنرى . وقد وضع عند صدور قانون معين أحكاماً انتقالية لعلاج ما قد يثور من تنازع في شأن تطبيق أحكام هذا القانون .

وإذا سكنت الشارع عن إيراد مثل هذه الأحكام الانتقالية ، ولم يكن هناك نص يبين حل التنازع في المسألة المعروضة ، وقعت على عاتق القاضي مهمة الاجتهاد للوصول إلى حل يطبقه : وكان طبعاً أن ينهض الفقه لمعاونة القضاء في هذه المهمة ، ولكنه لم يكن راقداً للقضاء في هذا المجال ، بل وجه جل همّه إلى تأصيل ما جرى عليه القضاء .

المطلب الثاني

النظريات الفقهية في تنازع القوانين من حيث الزمان

١٥٠ - نظرياته رئيسياته :

ظهرت في الفقه نظريات متعددة في حل تنازع القوانين من حيث الزمان . وعلى الرغم من ذلك لم يوفق الفقه إلى وضع نظرية تحيط بهذه المشكلة على نحو ترمم فيه حدوداً منضبطة يمكن الوقوف عندها في جميع الصور . ويرجع ذلك إلى أن هذه المشكلة بحكم طبيعتها تختلف فيها وجهات النظر من ناحية ، وتتدخل فيها اعتبارات المصلحة والعدالة من ناحية أخرى ، بحيث تؤدي هذه الاعتبارات إلى الخروج في بعض الصور على المبدأ الذي تتضمنه النظرية : وسرى أن هذه الاعتبارات هي التي جعلت الشارع لا يتقيد بالنظريات الفقهية في بعض الحلول التشريعية التي وضعها لفريق من صور التنازع .

وسنعرض من بين هذه النظريات اثنتين رئيسيتين : الأولى هي النظرية التقليدية .
والثانية هي النظرية الحديثة .

أولاً : النظرية التقليدية

١٥١ - تمهيد :

النظرية التقليدية نظرية قديمة . وهي تقوم على مبدأ عدم رجعية القوانين ، مع ضبط حدود تطبيقه بالفرقة بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل ، وإبراد استثناءات عليه . وقد سادت هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسيين طوال القرن الماضي ، كما تأثر بها الفقه والقضاء في مصر ، ولا يزال القضاء يجري على استعمال الاصطلاحات التي جاء بها أنصارها .

ولكن تبين منذ أواخر القرن الماضي وأوائل القرن الحالي أن هذه النظرية تقصر

عن مواجهة مشكلة التنازع بين القوانين في هذا النطاق ، لعدم سلامة التفرقة التي تقول بها ، ولما تنطوى عليه من خلط بين الأثر الرجعي للقانون وأثره الفوري أو المباشر . ومع ذلك ، فإنه نظرا إلى صعوبة المشكلة ، فإن النظرية الحديثة التي قامت للملاحة هذه العيوب لم تنتج تماما في استبعاد النظرية التقليدية من نطاق التطبيق العملي رغم هجر الفقه لها .

١٥٢ - التفرقة بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل في تطبيقه مبرا مكرم رسمية القوانين :

يعتمد أنصار النظرية التقليدية في حل مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان على مبدأ عدم رجعية القوانين . وليان حدود تطبيق هذا المبدأ يفرقون بين الحق المكتسب *droit acquis* وبمجرد الأمل *simple expectative* . حيث ذهبوا إلى أن القانون الجديد يكون ذا أثر رجعي ، فيمتنع تطبيقه ، إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم . ولا يكون للقانون الجديد هذا الأثر ، فيجب تطبيقه ، إذا لم يكن من شأن هذا التطبيق سوى المساس بمجرد أمل .

فقوام هذه النظرية في بيان ما يسرى عليه كل من القانونين المتعاقبين عند التنازع هو التفرقة بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل . فالحق المكتسب يعتبر تطبيق القانون الجديد عليه سريانا على الماضي ، فيخضع للقانون القديم . أما مجرد الأمل فلا يعتبر تطبيق القانون الجديد عليه سريانا على الماضي ، فيخضع لهذا القانون .

غير أن أنصار النظرية لم يتفقوا على معيار للتفرقة بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل ، الأمر الذي أضعف الفكرة الأساسية التي تقوم عليها النظرية وجعلها هدفا للتدكا كما سنرى . فعرف البعض الحق المكتسب بأنه الحق الذي دخل في ذمة الشخص نهائيا بحيث لا يمكن نزع منه إلا برضاه . وعرفه البعض الآخر بأنه الحق الذي يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضاء . وعرفه فريق ثالث بأنه الحق الذي يقوم على سند قانوني . أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص أن يكسب حقا قد تتحقق وقد لا تتحقق .

ومن الأمثلة التي يضر بها هؤلاء لتوضيح هذه الفقرة ما يأتي :

ففلان يمتلك بالمرث لا يكون للورثة أثناء حياة المورث سوى مجرد أمل في الإرث ، أما عند وفاته فيصبح للورثة حق مكتسب في الإرث . فإذا صدر قانون جديد يعدل أنصباة الورثة ، وكان نافذاً قبل وفاة المورث ، فإنه لا يمس سوى مجرد أمل للورثة في الإرث ، ولذلك يسرى على الركة ، إذ لا يعتبر تطبيقه على الركة في هذه الحالة سرياناً على الماضي . أما إذا صدر هذا القانون وصار نافذاً بعد وفاة المورث ، فإنه يمس حقاً مكتسباً للورثة في الإرث ، ولذلك لا يسرى على الركة ، إذ يعتبر تطبيقه على الركة في هذه الحالة سرياناً على الماضي .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالوصية . ففي أثناء حياة الموصي لا يكون للموصى له سوى مجرد أمل في الحصول على المال الموصى به ، أما عند وفاة الموصي فيصبح للموصى له حق مكتسب في هذا المال . فإذا صدر قانون جديد يعدل القدر الذي تنفذ فيه الوصية بغير إجازة للورثة ، بأن جعل هذا القدر ثلث الركة بعد أن كان النصف ، وكان نافذاً قبل وفاة الموصي ، فإنه لا يمس سوى مجرد أمل للموصى له ، ولذلك يسرى على الوصية . أما إذا صدر هذا القانون وصار نافذاً بعد وفاة الموصي ، فإنه يمس حقاً مكتسباً للموصى له في نصف أموال الركة لو أن الوصية كانت بالنصف ، ولذلك لا يسرى على الوصية .

وفي التقادم المكتسب الذي لم تكتمل مدته لا يكون للحائز سوى مجرد أمل أن يكسب الحق الذي يحوزه ، أما عند انقضاء هذه المدة فيكون له أن يكسب هذا الحق . فإذا حاز شخص قطعة أرض مملوكة لغيره ، وكانت المدة المقررة لكسب ملكيتها بالتقادم هي خمس عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد قبل انقضاء هذه المدة يطيلها إلى عشرين سنة ، فإنه يسرى على ذلك الحائز لأنه لم يكن له سوى مجرد أمل في أن يكسب ملكية هذه الأرض . أما إذا صدر هذا القانون بعد انقضاء المدة فلا يسرى على ذلك الحائز ، لأن تطبيقه في هذه الحالة يمس حقاً مكتسباً للحائز .

وإذا أبرم عقد في ظل القانون القديم ، ثم امتدت آثاره إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد الذي يعدل من شروطه أو من آثاره ، فلا يسرى عليه هذا القانون سواء

فيما يتعلق بالشروط أو الآثار ، حتى لا يمس الحقوق المكتسبة المتولدة عنه ، بل يظل خاضعاً للقانون الذي نشأ في ظله .

١٥٣ - استثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين :

يتضح مما تقدم أن عدم رجعية القوانين في النظرية التقليدية يراد به عدم تطبيق القانون الجديد على ما تم في ظل القانون القديم إذا كان من شأن هذا التطبيق المساس بحقوق مكتسبة . ولكن أنصار النظرية يوردون على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها أن يكون للقانون الجديد أثر رجعي رغم ما في ذلك من مساس بحقوق مكتسبة . وهذه الاستثناءات هي :

١ - النص الصريح على الرجعية : فبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي ، فلا يجوز له مطلقاً أن يخرج عليه . أما الشارع فيجوز له في غير المواد الجنائية أن يخرج على المبدأ ، فينص على أن يكون للقانون أثر رجعي . وقد رأينا أن هذا الخروج ، وفقاً لما يؤخذ من عبارة المادة ١٦٤ من الدستور ، رخصة استثنائية لا تستخدم إلا إذا اقتضتها مصلحة الجائحة . ولذلك يجب أن ينص على الرجعية صراحة ، وأن يرد هذا النص في تشريع عادي لا فرعي ، وأن يوافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الأمة (١) .

٢ - القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : فالقوانين الجنائية الجديدة تسرى بأثر رجعي على ما ارتكب من أفعال قبل نفاذها إذا كانت أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة . وهذا استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية لا ينافي الحرية الفردية . كما أن مصلحة الجائحة لا تدعو إلى مؤاخذة الشخص عن فعل أصبح مباحاً ، أو معاقبته بقوة أشد مما يستحقه الفعل المنسوب إليه .

وصرنى أن هذا الاستثناء مقرر في القانون المصري ، حيث تبين فيما بعد مدى استفادة المتهم من مثل تلك القوانين .

٣ - القوانين التفسيرية : فهذه القوانين هي التي يصدرها الشارع لبيان المعنى

المقصود من تشريع سابق على أثر ماظهر في العمل من خلاف حول حقيقة المعنى الذى قصده الشارع من هذا التشريع أو ما اتجهت إليه المحاكم من الأخذ بما يخالف هذا المعنى .

ويعتبر القانون التفسيرى بحكم طبيعته جزءا متما للتشريع المراد تفسيره ، ولذلك فهو يسرى على ماوقع قبل صدوره فى ظل هذا التشريع استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، فيلتزم القضاء بتطبيقه على الدعاوى التى مازالت منظورة أمامه . أما الدعاوى التى سبق الفصل فيها نهائيا قبل نفاذ القانون التفسيرى فيمتنع تطبيقه عليها ، حتى لو كان قد فصل فيها على أساس الأخذ بتفسير يخالف ما جاء به ، مراعاة لحجية الأمر المقضى :

٤ — القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب : فإذا صدر قانون جديد يعلق بالنظام العام أو الآداب فإنه يسرى على الماضى ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، فيمس الحقوق المكتسبة : حيث لا يجوز لشخص أن يتمسك بحق كسبه إذا كان هذا الحق قد أصبح مخالفا للنظام العام أو الآداب .

ومن تطبيقات هذا الاستثناء عند أنصار النظرية القوانين الخاصة بتحديد سن الرشد . فإذا صدر قانون يرفع هذه السن فإنه يسرى على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصرا ، حتى لو كان قد سبق اعتباره وشيلا فى حكم القانون القديم .

وكذلك الحال فيما يتعلق بالقوانين التى تنظم الطلاق . فإذا صدر قانون يفرض على الزوج أن يستصدر حكما من القاضى بالطلاق بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده فإنه يسرى على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا فى ظل القانون القديم الذى كان يجعل الطلاق بإرادة الزوج وحده .

غير أن بعض أنصار النظرية يقصرون حكم هذا الاستثناء على فريق من القواعد المتعلقة بالنظام العام . فهم يفرقون فى هذا النطاق بين نوعين من هذه القواعد : النوع الأول يشمل القواعد التى يراد بها حماية مصلحة عامة ، كالقانون الذى يفرض سعرا إلزاميا للعملة الورقية ، وهذه يكون لها أثر رجعى فتسرى على العقود السابقة التى لم يتم تنفيذها بعد : والنوع الثانى يشمل القواعد التى يراد بها حماية مصلحة خاصة ، كالقانون

الذى ينفذ الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، وهذه لا يكون لها أثر رجعى فتنظر
الحقوق السابقة التى نشأت فى ظل القانون القديم خاضعة له .

١٥٤ - قدر النظرية التقليدية :

يخلص مما تقدم أنه وفقا للنظرية التقليدية فى تنازع القوانين من حيث الزمان يقوم
حل هذا التنازع على أساس مبدأ عدم رجعية القوانين ، وأن الرجعية تتحقق إذا كان
هناك أساس يحق مكتسب ، وأن ثمة استثناءات ترد على ذلك المبدأ فيجوز فيها أن يكون
القانون أثر رجعى .

وقد وجه الفقه الحديث نقدا شديداً إلى هذه النظرية من وجوه ثلاثة ، هى غموض
معيار التفرقة بين الحق المكتسب وبمجرد الأمل ، وعدم صلاحيته ، والخلط بين الأثر
الرجعى للقانون وأثره المباشر :

فالميار الذى تقوم عليه النظرية ، وهو الحق المكتسب ، معيار غير منضبط ،
مما أدى إلى اختلاف أنصار النظرية فى تعريفه وفقا لما قدمنا .

كما أن هذا المعيار ، على فرض وضوحه ، لا يصلح لحل كل حالات تنازع القوانين .
فهناك حالات لا يوجد فيها حق مكتسب ، ومع ذلك يعتبر تطبيق القانون الجديد عليها
سريانا على الماضى . فالمرکز القانونى الذى يستغرق تكوينه زمنا لا يتحول حقا مكتسبا
إلا عند تمام التكوين ، ومع ذلك إذا أدركه قانون جديد وهو فى دوو التكوين فلا يسرى
على ماتم من عناصر هذا التكوين حتى لا يكون له أثر رجعى . فمثلا إذا صدر فى أثناء
سريان التناهد قانون جديد يلغى سببا للوقف فلا يترتب عليه إهدار ماتم من وقف قبل
نفاذه ، وذلك على الرغم من عدم وجود حق مكتسب ، إذ أن عدم سريان هذا القانون
على الماضى يقتضى إلغاء سبب الوقف من وقت نفاذه فحسب . كذلك إذا أرمت وصية
ثم صدر قانون قبل وفاة الموصى يغير من شروطها الشكلية ، فلا يسرى عليها ذلك
القانون فيما يتعلق بهذه الشروط ، وذلك على الرغم من أن الموصى له لم يستحق الوصية
بعد عند نفاذه لعدم وفاة الموصى :

هنا إلى ما تنطوي عليه النظرية من خلط بين الأثر الرجعي للقانون وأثره الفوري أو المباشر . فهناك حالات يعتبر تطبيق القانون الجديد فيها بأثر رجعي وفقا للنظرية ، مع أنه لا توجد رجعية ، وإنما الحقيقة أن هذا القانون يطبق بأثر مباشر حيث يسرى على ما يقع بعد نفاذه . ومن أمثلة هذه الحالات ما رأيناه من تطبيقات لحكم الاستثناء الذى يرد على مبدأ عدم الرجعية إذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب . فإذا صدر قانون يرفع سن الرشد فإنه يسرى على كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاضيا حتى لو كان قد سبق اعتباره وشيدا في حكم القانون القديم . ويرى أنصار النظرية أن هذا يعتبر مريانا على الماضى استثناء من مبدأ عدم الرجعية . والحقيقة أن القانون الجديد يطبق في هذه الحالة بأثر مباشر ، فهو لا يسرى على ما وقع قبل نفاذه ، حيث لا يعود الشخص قاصرا إلا من وقت هذا النفاذ ، ولا أثر لهذا القانون على الفترة السابقة التى كان الشخص خلالها وشيدا . ولو صح أن هذا القانون يطبق بأثر رجعي لاعتبر هذا الشخص قاصرا خلال تلك الفترة ، بحيث يترتب على ذلك أن تصبح تصرفاته أثناءها باطلة أو قابلة للإبطال ، مع أنها تظل صحيحة . كذلك إذا صدر قانون يفرض على الزوج الذى يريد الطلاق أن يستصدر حكما من القاضي بذلك ، بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده ، فإنه يسرى على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أهم تزوجوا في ظل القانون القديم . ولا يعتبر هذا مريانا على الماضى كما يقول أنصار النظرية ، وإنما هو تطبيق للقانون الجديد بأثر مباشر ، فلا يكون له أثر على ما تم قبل نفاذه . ولو صح أن هذا القانون يطبق بأثر رجعي لترتب على ذلك إمداد ما تم من صلاق وقع قبل نفاذه بإرادة الزوج وحده ، مع أن هذا الطلاق بظل صحيحا .

ثانيا : النظرية الحديثة

١٥٥ - الفرق بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون :

في ضوء ما ذكرناه من مآخذ على النظرية التقليدية أعرض هنا الفقه الحديث ونتجه إلى نظرية حديثة عنت بتحديد المعنى الحقيقي للأثر الرجعي وفرقت بينه وبين الأثر المباشر للقانون . فحل تنازع القوانين من حيث الزمان في هذه النظرية يقوم على مبدأين ،

هما عدم رجعية القانون الجديد ، والأثر الفوري أو المباشر لهذا القانون ، مع إيراد استثناءات على كل منهما .

وأول من اتجه من الفقهاء هذا الاتجاه الجديد هو الفقيه الفرنسي فاريل سوميير Varcilles Sommières في مقال له في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ بعنوان « نظرية جديدة في رجعية القوانين » .

وكان للفقيه الفرنسي روبيه Robiez فضل كبير في عرض هذه النظرية وتفصيلها في كتابه من جزئين عن « تنازع القوانين في الزمان » ، وهو يعتبر من غير ما كتب في الفقه الفرنسي في هذا الموضوع . وستعرض النظرية وفقاً لآراء هذا الفقيه ، وإن كانت تختلف في بعض التفاصيل عن آراء غيره من الفقهاء الذين ينتصرون للنظرية .

ومستأنول أولاً في هذه النظرية مبدأ عدم رجعية القانون وما يرد عليه من استثناءات ، ثم مبدأ الأثر المباشر أو الفوري للقانون وما يرد عليه من استثناءات .

(١) عدم رجعية القانون

١٥٦ - المبدأ وعمود تطبيقه :

القاعدة هي عدم رجعية القانون ، فلا يسرى القانون على ما وقع في الماضي قبل نفاذه .

ويؤثر الأستاذ روبيه اصطلاح المراكز القانونية *Situations juridiques* لتعبير عن الأوضاع والحالات القانونية التي توضع القوانين لتنظيمها ، إذ يراه من السعة بحيث يشمل كل هذه الأوضاع على اختلاف صورها (١) ، كتركز الزوج ومركز المالك ومركز المنتفع ومركز المرتين ومركز البائن أو المدين ومركز البائع أو المشتري ومركز الملوجر أو المستأجر .

وتظهر الصعوبة في بيان حدود تطبيق قاعدة عدم الرجعية بالنسبة إلى المراكز

(١) روبيه ١ ج ١ ،قرة ٤٢ .

القانونية التي يستغرق تكوينها أو انقضاؤها أو ترتب آثارها فترة من الزمن إذا ما صدر قانون جديد خلال هذه الفترة . حيث تجب معرفة مدى أثر القانون الجديد على هذه المراكز .

وليبيان هذا الأمر تجب التفريق بين القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية ، وتلك التي تتعلق بآثار هذه المراكز .

١٥٧ - (١) القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية :

من المراكز القانونية مالا يستغرق تكوينه أو انقضاؤه زمنا . كأن يتوفى المورث فيصبح الوارث مالكا لأموال التركة بمجرد الوفاة ، إذ يتحدد مركز الوارث فور هذه الوفاة . أو يفتق البائع والمشتري على بيع منقول فينشأ العقد وتنقل الملكية إلى المشتري بمجرد توافق الإرادتين ، إذ يتكون مركز المشتري عند تمام هذا التوافق دون الاعتبار بما سبقه من مفاوضات . أو ينزل الدائن عن حقه فينقضي الدين بمجرد النزول ، إذ ينقضي مركز الدائن في اللحظة التي يتم فيها هذا النزول :

ومن هذه المراكز ما يستغرق تكوينه أو انقضاؤه فترة من الزمن : فبعضها يتطلب لتكوينه أو انقضائه حالة واقعية تظل مدة معينة . كما هي الحال في التقادم المكسب للحقوق العينية ، حيث يقوم على حيازة تظل مدة معينة ، فلا يكسب الحائر الحق ، وبالتالي لا يتكون مركزه القانوني ، إلا بعد فوات هذه المدة . وكما هي الحال في التقادم المسقط للحقوق العينية أو الديون ، حيث يقوم على سكوت صاحب الحق أو الدائن عن استعمال حقه أو اقتضاء دينه مدة معينة ، فلا ينقضي الحق أو الدين ، وبالتالي لا ينقضي مركز صاحب الحق أو الدائن ، إلا بانتهاء هذه المدة . وبعضها يتطلب لتكوينه أو انقضائه اجتماع عدة عناصر في أوقات مختلفة : كما هي الحال في الوصية ، حيث لا يستحق الموصى له الوصية ، وبالتالي لا يتكون مركزه القانوني ، إلا بتوافر عنصرين ، هما وجود وصية صحيحة ووفاء الموصى ، وهذان للايمان في وقت واحد .

(١) وسواء بالنسبة إلى هذا النوع من المراكز القانونية أو ذاك ، فإن ماتم

تكوينه أو انقضاؤه منها في ظل القانون القديم لا يطبق عليه القانون الجديد الذى يغير من شروط التكوين أو الانقضاء ، إذ أن تطبيقه فى هذه الحالة يعنى سريانه على الماضى .

فتلافيا يتعدى بتكوين المراكز القانونية ، لو أن تصرفا أبرم صحيحا فى ورقة عرفية طبقا لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يتطلب الرسمية فى إبرام هذا التصرف ، فلا يسرى هذا القانون على ذلك التصرف الذى تم فى ظل القانون القديم . وإذا بلغ شخص من الثامنة عشرة فأصبح رشيدا فى ظل قانون يجعل هذه السن من الرشد ، ثم أبرم تصرفا صحيحا باعتباره كامل الأهلية ، وبعد ذلك صدر قانون جديد يرفع من الرشد إلى إحدى وعشرين سنة ؛ فإن هذا التصرف يظل مع ذلك صحيحا فلا يسرى عليه القانون الجديد .

وإذا كسب الحائز الملكية بالتقادم بعد اكتمال مدته ، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة ، فلا يمس هذا القانون مركز الحائز الذى أصبح مالكا قبل نفاذه . وإذا استحق الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى ، ثم صدر قانون يغير من أحكام الوصية ، فلا يمس هذا القانون مركز الموصى له .

وفى ما يتعلق بانقضاء المراكز القانونية ، إذا طلق شخص زوجته بطريقة معينة يميزها القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يحرم الطلاق بهذه الطريقة ، فلا يطبق هذا القانون على حالات الطلاق التى تمت قبل نفاذه وانقضى بمقتضاها مركز كل من الزوجين .

وإذا انقضى حق عيني أو دين بالتقادم المسقط بعد اكتمال مدته وفقا لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يطيل هذه المدة ، فلا يسرى هذا القانون على المالك الذى خلص له ملكه بسقوط الحق العيني الذى كان يثقله أو الشخص الذى كان لدينا ثم برئت ذمته بسقوط دينه ، إذ أن المركز القانونى الذى كان لهذا الشخص أو ذاك قد انقضى فى ظل القانون القديم .

(٢) أما إذا كانت المراكز القانونية يستغرق تكوينها أو انقضاؤها زمنا ، وبدأ هذا التكوين أو الانقضاء فى ظل القانون القديم ، ثم صدر قانون جديد يعدل من

شروطه قبل تمامه ، فإن هذا القانون يسرى على تلك المراكز ، إذ ليس في هذا التطبيق ما يعتبر سريانا على الماضي ما دام أن تلك المراكز لم يتم بعد تكوينها أو انقضاؤها .
غير أنه إذا كانت بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تمت في ظل القانون القديم قد توفرت لها في ذاتها قيمة قانونية معينة ، فلا يطبق عليها القانون الجديد ، وإلا كان ذا أثر رجعي .

فثلا يتكون مركز الموصى له باجتماع عنصرين كما قلنا ، هما وجود وصية صحيحة ووفاء الموصى . فإذا صدر بعد إبرام الوصية صحيحة وقبل وفاة الموصى قانون جديد يعدل من شروط هذا الإبرام ، كان يتطلب شكلا معينا لإبرام الوصية لم يكن مطلوبا من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بأهلية الإيصاء ، فلا أثر له على صحة إبرام الوصية التي تمت قبل نفاذه . إذ أن إبرام الوصية يخضع مع حيث صحته للقانون القائم وقت تمامه ، نظرا إلى ماله في ذاته من قيمة قانونية . أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القدر الذي تنفذ فيه الوصية بغير إجازة الورثة ، كأن يجعله ربع التركة بعد أن كان الثلث ، فإنه يسرى على الوصية التي أبرمت قبل نفاذه ، ما دام أن الموصى له لم يموت إلا بعد هذا النفاذ ، وذلك بأثر مباشر ، إذ أن مركز الموصى له لا يتحدد إلا بموت الموصى :

كذلك يتطلب التقادم لاكتماله أن تمضي مدة معينة ، بحيث لا ينشأ المركز القانوني في التقادم المكسب أو ينقضي في التقادم المسقط إلا بانتهاء هذه المدة . فإذا صدر قانون جديد أثناء سريان المدة فلا يسرى على ماتم قبل نفاذه من عناصر التكوين أو الانقضاء إذا كانت لها في ذاتها قيمة قانونية معينة . فإذا كان القانون الجديد يغير من القواعد الخاصة بوقف التقادم أو انقطاعه ، فلا يسرى على ماتم من وقف أو قطع في ظل القانون القديم . أما إذا كان القانون الجديد يعدل مدة التقادم فإنه يطبق ، دون أن يعتبر ذلك سريانا على الماضي ، إذ أن المدة السارية لم تكتمل في ظل القانون القديم .

١٥٨ - (٢) القواعد المتعلقة بآثار المراكز القانونية :

إذا ترتبت آثار المركز القانوني جميعها في ظل القانون القديم فإنها تخضع له ، فلا يسرى عليها القانون الذي يصدر بعد ذلك معدلا لها .

فمثلا إذا كانت الملكية تنتقل في العقار بمجرد التعاقد وفقا لأحكام القانون القائم ، ثم صدر قانون جديد يجعل هذا الانتقال رهينا بنجام التسجيل ، فلا يسرى هذا القانون على انتقال الملكية الذي تم قبل نفاذه بمقتضى عقد لم يسجل .

وإذا أبرم عقد قرض مبلغ من النقود ، واتفق فيه على فائدة بسعر معين وفقا لأحكام القانون القائم ، وترتبت آثاره جميعها بحيث انقضى في ظل هذا القانون ، ثم صدر بعد ذلك قانون جديد يخفض الحد الأقصى لهذا السعر ، فلا يسرى هذا القانون الجديد تلك الآثار .

أما الآثار التي يستغرق ترتيبها زمنا ، ولم تكن كلها أو بعضها قد ترتبت في ظل القانون القديم ، فاتم منها في ظل هذا القانون يخضع له ، فلا يسرى عليه القانون الجديد الذي يعدل منها حتى لا يكون له أثر رجعي ، واتم منها تحت ساطان القانون الجديد يخضع له بما له من أثر مباشر :

فمثلا إذا وقع طلاق في ظل قانون معين ، ثم صدر قانون جديد يعدل من القواعد المتعلقة بآثاره كالنفقة أو الحضانة ، فلا يسرى هذا القانون على ماتم من هذه الآثار في ظل القانون القديم ، ولكنه يسرى على ما يترتب منها تحت سلطانه .

وعليه فالمعنى الذي يخلص من كل ما تقدم لعدم رجعية القانون في النظارية الحديثة أن القانون لا يسرى على ماتم تكوينه أو انقضاؤه من المراكز القانونية قبل نفاذه ، ولا على ماتم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء إذا توفرت لهذه العناصر قيمة قانونية معينة ، ولا على ما يترتب من آثار المراكز القانونية .

١٥٩ - استثناءات من مبدأ عدم رجعية القوانين :

رأينا أن النظرية التقليدية ترد فيها على مبدأ عدم رجعية القوانين استثناءات أربعة . أما النظرية الحديثة فيرد فيها على هذا المبدأ اثنان فحسب من هذه الاستثناءات ، هى النص الصريح على الرجعية ، والقوانين التفسيرية ، وذلك على التفصيل الذى رأيناه فيها تقدم (١) . ففى هذين الاستثناءين تنفق النظريتان : ولا تسلم النظرية الحديثة بالاستثناءين الآخرين :

فما يتعلق باستثناء القوانين الجنائية الأصلح للمتهم يرى الأستاذ روبييه أنه لا يعتبر استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن تطبيق القانون الأصلح للمتهم على ماوقع قبل نفاذه من أفعال إنما يكون بمقتضى ما للممن أثر مباشر ، إذ أن المركز القانونى المترتب على الفعل الذى ارتكبه لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الفعل ، بل لابد من صدور حكم قضائى ، حيث يعتبر الحكم هنا منشأ لهذا المركز وليس مقرا له . فإذا صدر قانون جديد بعد ارتكاب الفعل وقبل صدور الحكم يحكم بمحو الجريمة أو يخفف العقوبة فإنه يسرى بماله من أثر مباشر ، لأن المركز القانونى للمتهم يتكون باجتماع عنصرين ، وقع أحدهما فى ظل القانون القديم ، بينما تم الثانى فى ظل القانون الجديد ، ومن ثم يخضع المركز لهذا القانون (٢) .

وفى خصوص استثناء القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب لا تقر النظرية الحديثة كذلك أن يكون لهذه القوانين أثر رجعى . إذ أن تعلق هذه القوانين بالنظام العام

(١) انظر قريبا تقدم فقرة ١٥٣ .

(٢) أما القوانين الجنائية التى تنشأ جريمة جديدة أو تشدد العقوبة على جريمة مقررة ، فبمضى الأستاذ روبييه أنها إذا طبقت على أفعال سابقة كان ذلك تفسيرا لما فى الماضى . ذلك أن القانون الجديد لا يكون رجعيا إذا منع تكوين مركز قانونى لم يكتمل أو ضيق من آثاره ، كما هو الشأن فى القوانين الجنائية الأصلح للمتهم . ولكنه يكون رجعيا إذا رتب على المنتصر الذى وقع من هذا المركز فى الماضى آثارا لم يكن ينتجها من قبل أو آثارا أشد ما كان ينتجها (روبييه ، ج ٢ ، فقرة ١٢٩) .

أو الآداب لا يعتبر مبرراً كافياً لإعادة النظر في شرعية الأفعال والتصرفات السابقة ، أو لتعديل ما ترتب على هذه الأفعال والتصرفات من آثار ، فهذا مع شأنه أن يهدر الحريات ويبحث الاضطراب في المعاملات ، لا سيما وأن من المسلم به أن أهم القوانين المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، وهي القوانين الجنائية ، لا يجوز كفاضة عامة أن يكون لها أثر رجعي .

(٢) الأثر المباشر للقانون

١٦٠ - مبدأ مؤثر مباشر بحمل مبدأ عدم الرجعية :

يرى أنصار النظرية الحديثة أن مبدأ عدم رجعية القانون لا يكفي وحده لحل مشكلة التنازع بين القوانين من حيث الزمان . فبدأ عدم الرجعية يعني أن القانون الجديد لا يسرى على ما تم تكوينه أو انقضاؤه من المراكز القانونية قبل نفاذه ، ولا على ما تم من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب من آثار المراكز القانونية ، حيث تخضع هذه المسائل جميعها للقانون القديم الذي تمت تحت سلطانه . ومن ثم فإن هذا المبدأ لا يكفي لبيان أى القانونين يطبق على ما يقع بعد نفاذ القانون الجديد لاستكمال تكوين المراكز القانونية أو انقضائها الذى بدأ في ظل القانون القديم ، أو على ما يتم بعد هذا النفاذ من آثار ترتبت على مراكز قانونية تكونت أو بدأ تكوينها في ظل هذا القانون .

فإذا طبق القانون الجديد على هذه الحالات ، فإنه بذلك يسرى على ما وقع بعد نفاذه بمقتضى ماله من أثر مباشر . ونحن يطبق القانون القديم على فريق من هذه الحالات ، فإنه بذلك يسرى على ما وقع بعد إلغائه بمقتضى ما يسمى بالأثر المستمر له : ويرى أنصار النظرية أن المبدأ العام هو تطبيق القانون الجديد بما له من أثر مباشر ، والاستثناء هو تطبيق القانون القديم بما له من أثر مستمر . ولهذا نعرض فيما يلي للبيان ثم للاستثناء الذى يرد عليه .

١٦١ - مبدأ المؤثر المباشر للقانون الجديد وجمود تطبيقه :

القاعدة أن يسرى القانون بما له من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذه : ويتحدد نطاق هذا السريان في ضوء ما رأيناه في خصوص مبدأ عدم الرجعية :

فنن الیهی أن يطبق القانون الجديد على المراكز القانونية التي يبدأ تكوينها بعد نفاذه. ويطبق القانون الجديد كذلك على ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاءها في ظل القانون القديم . فقد رأينا أن القانون الجديد يسرى على تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي بدأت في ظل القانون القديم ولم يتم لإلانت سلطان القانون الجديد، وذلك في أعدا عناصر التكوين والانقضاء لا تكون لها قيمة قانونية وتم في ظل القانون القديم ، حيث تخضع هذه العناصر للقانون القديم الذي تمت تحت سلطانه (١) ،

كما يطبق القانون الجديد على الآثار التي ترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التي تكونت أو بدأ تكوينها في ظل القانون القديم :

ويرى الأستاذ روبييه أن العلة في تقرير مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو هي ما يقتضيه النظام في اللولة من وحدة القانون الذي يطبق على المراكز القانونية التي من طبيعة واحدة . إذ أن الأخذ بالأثر المستمر للقانون القديم يؤدي إلى خضوع هذه المراكز المتأثرة لقوانين متباينة (٢) :

وستفصل حلود تطبيق هذا المبدأ فيما يلي :

١٦٢ - (١) إتمام ما بدأ في الماضي من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية :

رأينا أن القانون الجديد يسرى بمقتضى أثره المباشر على ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء للمراكز القانونية الذي بدأ في ظل القانون القديم : أما العناصر

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ .

(٢) روبييه ، ج ١ ، فقرة ٦٦ .

التي تمت في ظل القانون القديم فتخضع له ، حيث لايسرى عليها القانون الجديد وفقا لمبدأ عدم الرجعية .

وعليه طبقا لما لما كونه فيما تقدم لايتكون مركز الموصى له ، أى لا يستحق الوصية ، إلا باجتماع عنصرين ، هما وجود وصية صحيحة و وفاة الموصى . فإذا صدر بعد إبرام الوصية وقبل وفاة الموصى قانون جديد يعدل من القدر الذى تنفذ فيه الوصية فى حق الورثة بغير إجازتهم ، كأن يجعله ربع التركة بعد أن كان الثلث ، فإنه يسرى على الوصية فى هذا الخصوص بما له من أثر مباشر ، لأن العنصر الذى يتوقف عليه استحقاق الوصية وهو وفاة الموصى قد وقع بعد نفاذه : أما إذا كان هذا القانون يعدل من شروط إبرام الوصية ، كأن يتطلب شكلا معيناً لإبرامها لم يكن مطلوبا من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بأهلية الإيصاء ، فلا يسرى على الوصية فى هذا الخصوص ، لأن العنصر الذى يتعلق بوجود وصية صحيحة قد تم فى ظل القانون القديم فيخضع له :

وفى التقادم لايتكون المركز القانونى إلا بمضى مدة معينة : فإذا صدر أثناء سريان التقادم قانون جديد يطيل المدة فإنه يسرى على هذا التقادم لأن عنصر المدة لم يكتمل إلا بعد نفاذه . أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القواعد الخاصة بوقف التقادم أو انقطاعه فإنه يسرى على ما يحدث من وقف أو انقطاع بعد نفاذه ، ولكنه لايسرى على ماتم من وقف أو قطع فى ظل القانون القديم باعتبارهما عنصرين قدما تحت سلطان هذا القانون فيخضعان له (١) :

١٦٣ - (٧) آثار المراكز القانونية التى تكونت أو بدتكونها فى ظل القانون القديم :

يسرى القانون الجديد ، بحسب الأصل ، بمقتضى أثره المباشر على الآثار التى تتم فى ظله وتكون مترتبة على مراكز قانونية تكونت أو بدتكونها فى ظل القانون القديم : أما الآثار التى ترتبت تحت سلطان القانون القديم فقد رأينا أن القانون الجديد لايسرى عليها طبقا لمبدأ عدم الرجعية ، وإنما تخضع للقانون القديم الذى تمت فى ظله (٢) :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٨ .

وعليه فالقانون الجديد الذى يعدل من القواعد المتعلقة بآثار الطلاق ، كالنفقة والحضانة ، يسرى على ما يستحق من نفقة أو يتم من حضانة بعد نفاذه . ولكنه لا يسرى على ما يستحق من نفقة أو تم من حضانة قبل نفاذه ، حيث تخضع هذه وتلك للقانون القديم الذى تحت أو استحققت فى ظله كما قلنا (١) .

والقانون الجديد الذى يعدل من آثار الملكية ، كان يحرم المالك من بعض السلطات التى كانت محولة إياه من قبل ، يسرى على الملكيات القائمة وقت نفاذه ، ولكنه لا يمس ما يباشره المالك من سلطات فى الماضى .

وعليه فالمعنى الذى يخلص مما تقدم لجبل الأثر المباشر للقانون فى النظرية الحديثة ، أن القانون الجديد يسرى على المراكز القانونية التى يبدأ تكوينها بعد نفاذه ، وعلى ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التى يبدأ تكوينها أو انقضاءها فى ظل القانون القديم ، وعلى الآثار التى تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التى تكونت أو بدأ تكوينها فى ظل هذا القانون .

١٦٤ - استثناء من مبدأ مؤثر المباشر : مؤثر المستمر للقانون القديم :

تورد النظرية الحديثة على مبدأ الأثر المباشر للقانون استثناء يتعلق بالمراكز العقدية التى تكونت فى ظل القانون القديم ولا تزال جارية بعد نفاذ القانون الجديد . حيث يرى الأستاذ روبييه ألا تخضع هذه المراكز للأثر المباشر للقانون الجديد ، وإنما تظل محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله . وبذلك يستمر تطبيق القانون القديم على آثار تلك المراكز التى تترتب بعد إلغائه على طرق انحلالها . ففى هذا النطاق يحل الأثر المستمر للقانون القديم استثناء محل الأثر المباشر للقانون الجديد .

وأساس هذا الاستثناء هو انقضاء العلة فى تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد . فقد رأينا أن هذه العلة هى ما يقتضيه النظام فى الدولة من وحدة القانون الذى يطبق على المراكز القانونية التى من طبيعة واحدة ، حتى لا تخضع هذه المراكز المتأثرة لقوانين متباينة . فى حين أن المراكز العقدية تختلف تبعاً لما تنتج إليه إرادة الأفراد فى تنظيمها ،

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٨ .

حيث يؤخذ في هذا المجال بمبدأ سلطان الإرادة ، فيكون للأفراد أن ينظموا علاقاتهم العقدية بحسب ما يروق لهم : وبذلك لا يكون هناك ما يدعو إلى الأخذ في هذا النطاق بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد .

ومن ثم يتحدد نطاق هذا الاستثناء في ضوء الأساس الذي يقوم عليه : فحيث يستقل القانون بتنظيم المراكز القانونية مباشرة ، رغم استنادها إلى عقد من العقود ، يتعين تطبيق القانون الجديد بما له من أثر مباشر . وحيث يكون لإرادة الأفراد سلطان في تنظيم هذه المراكز يستمر تطبيق القانون القديم عليها طبقاً لحكم الاستثناء .

ولتحديد نطاق الاستثناء على هذا النحو يفرق الأستاذ روبييه بين النظام القانوني *Le statut legal* والمركز العقلي *La situation contractuelle* :

(١) فالنظام القانوني يراد به المركز القانوني الذي يستقل القانون بتنظيمه مباشرة نظراً إلى أن أحكامه تهم الكافة ، رغم أنه لا ينشأ إلا بناء على عقد من العقود ، فلا يكون لإرادة الأفراد دور في تنظيمه ، وإنما يقتصر هذا الدور على قبول الدخول في المركز القانوني طبقاً للوضع الذي ينظمه القانون . فمثل هذا المركز القانوني يكون موحدًا بالنسبة إلى الجميع ، فتتوفر بالنسبة إليه العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، ومن ثم يجب أن يطبق عليه هذا القانون .

مثل ذلك الزواج ، فهو نظام قانوني موحد ، يفرض القانون أحكامه ، حيث يفرد فيه بيان حقوق كل من الزوجين وواجباتهما وطريقة انحلاله ، ويقتصر الدور الذي تقوم به إرادة كل من الزوجين على قبول الزواج : فإذا صدر قانون جديد يعدل من القواعد المنظمة للزواج فإنه يسرى بما له من أثر مباشر على كل زواج قائم وقت نفاذه ، رغم أن علاقة الزوجية قد نشأت بمقتضى عقد أبرم في ظل القانون القديم .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بالملكية وغيرها من الحقوق العينية . إذ يكون لصاحب كل من هذه الحقوق مركز قانوني موحد بالنسبة إلى الجميع ، يفرض القانون أحكامه ، فيحدد السلطات التي تثبت لصاحب الحق وبيان الحقوق والواجبات التي تتصل بهذه السلطات وطريقة إنقضاء الحق ، ويقتصر الدور الذي تقوم به إرادة الشخص على التصرف لإنشاء الحق أو نقله أو انقضائه : فإذا صدر قانون جديد يعدل مثلاً من

أحكام الملكية فإنه يسرى بما له من أثر مباشر على كل مالك ولو كان قد كسب حقه في ظل القانون القديم :

(٧) أما المركز العقدي فيراد به المركز القانوني الذي يترك القانون تنظيمه لإرادة الأفراد نظراً إلى أن أحكامه تهم المتعاقدين دون غيرهم ، حيث يؤخذ مبدأ سلطان الإرادة سواء في إنشاء العقد أو في تحديد آثاره . فمثل هذا المركز يختلف أحكامه بحسب ما تنجبه إليه إرادة الأفراد في تنظيمه ، فتنقش بالنسبة إليه العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد ، ومن ثم يستمر تطبيق القانون القديم على آثاره التي ترتب بعد إلغائه وعلى طرق انحلاله ، حتى لو جاء القانون الجديد بقواعد أمرة تتعلق بالنظام العام أو الآداب .

مثل ذلك عقد قرض مبلغ من النقود يتفق فيه على فائدة بسعر يميزه القانون الذي صدر العقد في ظله وهو ٨٪ : إذ يكون كل من المقرض والمقرض في مركز عقدي تختلف أحكامه من عقد إلى آخر : فإذا صدر قانون جديد بخفض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، كأن يجعله ٧٪ بعد أن كان ٨٪ ، فلا يسرى على ذلك العقد الذي أبرم في ظل القانون القديم ، بحيث تظل الفوائد التي تستحق بعد نفاذ القانون الجديد واجبة الدفع طبقاً للسعر المتفق عليه والذي كان جائزاً وفقاً لأحكام القانون القديم : وذلك على الرغم من أن تخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية يتعلق بالنظام العام .

فخلاصة هذا الاستثناء أن القانون القديم يستمر تطبيقه بعد إلغائه على المراكز العقدية التي ترتب بعد هذا الإلغاء وعلى طرق انحلالها ، حتى لو كان القانون الجديد الذي عدل من هذه الآثار أو الطرق تتعلق قواعده بالنظام العام أو لآداب :

١٦٥ - مزاج النظرية الحديثة وعيوبها :

تمتاز النظرية الحديثة بما جاءت به من تفرقة واضحين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون الجديد : وهي تفرقة أغفلتها النظرية التقليدية ، على خطرهما ، فأدى بها ذلك إلى الخلط بين هذين الأثرين كما سبق أن رأينا :

كذلك فإنه فيما يتعلق بالمراكز القانونية التي يتركها القانون الجديد وما تزال في دور التكوين أو الانقضاء ، تعارض النظرية الحديثة بالتمييز بين عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تمت في ظل القانون القديم وكانت لها قيمة قانونية وتلك التي لم تتم إلا بعد نفاذ القانون الجديد : حيث ساعد هذا التمييز على تبرير عدم سريان القانون الجديد على الفريق الأول من هذه العناصر وفقا لمبدأ عدم الرجعية . وهو ما لم يتيسر الوصول إليه بمقتضى النظرية التقليدية ، لأن هذا الفريق من عناصر التكوين أو الانقضاء لا يولد حقا مكتسبا بالنسبة إلى المركز القانوني بأ كلة في منطق هذه النظرية :

غير أن النظرية الحديثة يؤخذ عليها ، وهى تحدد نطاق الاستثناء الذى يتعلق بالأثر المستمر للقانون القديم ، ما جاءت به من تفرقة بين النظام القانوني والمركز العقدي . فهى تفرقة غير دقيقة ، بحيث يكون من شأنها أن تثير خلافا في كثير من الحالات حول معرفة ما إذا كنا بصدد نظام قانوني أو مركز عقدي محض ، إذ أن تدخل الشارع في تنظيم المراكز العقدية بمقتضى قواعد أمرة ليس بدرجة واحدة ، كما أن القاعدة التي يوردها الشارع في هذا الخصوص قد يختلف الرأى فيها حول ما إذا كان يراد بها وضع نظام بهم الكافة بصفة عامة أم أنها تتناول أمرا بهم أطراف العقد دون غيرهم .

وقد أدى عدم دقة هذه التفرقة التي قال بها الأستاذ روبييه ببعض أنصار النظرية الحديثة إلى الأخذ بمعيار آخر لتحديد نطاق هذا الاستثناء ، وهو فكرة النظام العام : حيث قالوا إنه إذا كانت قواعد القانون الجديد تتعلق بالنظام العام ، فإن القانون القديم لا يستمر تطبيقه على آثار العقود الجارية التي تترتب بعد إلغائه ولا على طرق انحلالها ، وإنما يطبق القانون الجديد بما له من أثر مباشر .

ولكن البعض من هؤلاء لا يأخذون فكرة النظام العام في هذا الصدد بمعناها العادى الذى يشمل القواعد القانونية الأمرة بجمعها ، وإنما يقصرونها على معنى أضيق من ذلك . فهم يقصرون تطبيق القانون الجديد في هذا النطاق بما له من أثر مباشر على الحالات التي تكون فيها قواعده ذات أهمية وخطر بالعين بحيث ترتبط بالنظام العام للجماعة بأمرها . وهو ما يعبر عنه البعض بأن المقصود في هذا الصدد هو قواعد النظام

العام التي يقصد بها حماية مصلحة عامة، دون غيرها من قواعد النظام العام التي تحمي مصالح خاصة :

غير أن هذه التفرقة بين قواعد النظام العام يؤخذ عليها أنها تفرقة غير دقيقة ، فهي تستهدف لذات التقيد الذي وجه إلى التفرقة بين النظام القانوني والمركز العقدي : حيث يعنر التمييز بين قواعد النظام العام بحسب مالها من أهمية وعطر : كما يعنر الفصل في هذه القواعد بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، إذ أن القواعد التي يبدو أنها تحمي مصلحة خاصة لابد من أن تكون مستندة في تقدير الشارع إلى اعتبار يتصل بالمصلحة العامة .

ولهذا فإننا نعتقد في صواب الرأي الذي يأخذ في هذا الصدد بمقياس النظام العام على إطلاقه ، فيذهب إلى أن القانون الجديد يطبق بما له من أثر مباشر إذا كانت قواعده أمرة أي متعلقة بالنظام العام : ومن ثم يقتصر حكم الاستثناء ، وهو استمرار سريان القانون القديم ، على حالة ما إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة . وينهض بهذا الرأي أن الميعار الذي يقول به يتفق مع العلة في تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد والأساس الذي يقوم عليه الاستثناء . ذلك أن القواعد الآمرة تتناول مسائل يستقل القانون بتنظيمها ، لأن الشارع يقدر أنها يجب أن تكون على نحو معين بالنسبة إلى الجميع ، ومن ثم فإن تحقيق النظام في الدولة يقتضي تطبيقها على جميع المقود . أما القواعد المكملة فتتناول مسائل يؤخذ في شأنها بمبدأ سلطان الإرادة ، فتختلف أحكامها بحسب ما تتجه إليه إرادة الأفراد في تنظيمها ، ومن ثم فلا يكون هناك ما يدعو إلى توحيد القواعد التي تنطبق عليها عند سكوت المتعاقدين عن تنظيمها :

المطلب الثالث

المبادئ العامة في تنازع القوانين من حيث الزمان

١٦٦ - المبادئ العامة في حل تنازع القوانين من حيث الزمان :

نستطيع بعد أن عرضنا مبدأ عدم رجعية القوانين بصفة عامة ، ثم النظريتين الرئيسيتين اللتين يقول بهما الفقه لحل التنازع بين القوانين من حيث الزمان وما أبديناه في شأنهما من تقدير أو نقد ، أن نخلص في ضوء ما قدمناه إلى المبادئ العامة التي نراها صالحة في هذا الصدد :

فهناك مبدأان يحكان هذا الموضوع : الأول مبدأ عدم رجعية القانون . والثاني مبدأ الأثر المباشر للقانون . ويرد على المبدأين بعض الاستثناءات .
وستتناول هذه الضوابط مع الإشارة إلى تطبيقاتها فيما عدا المسائل التي وردت في شأنها حلول تشريعية ، حيث تعرض لهذه المسائل في مطلب مستقل :

أولاً : عدم رجعية القانون

١٦٧ - معنى مبدأ عدم رجعية القانون ومردود تطبيقه :

القاعدة هي عدم رجعية القانون ، بمعنى أن القانون لا يسرى على ما وقع في الماضي قبل نفاذه :

ويشدد نطاق تطبيق هذه القاعدة على النحو الذي رأيناه في النظرية الحديثة :
فعدم رجعية القانون مقتضاه أن القانون لا يسرى على تكوين أو انقضاء المراكز القانونية الذي تم قبل نفاذه ، ولا على عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التي تمت قبل نفاذه وتوفرت لها قيمة قانونية معينة ، ولا على آثار المراكز القانونية التي ترتبت قبل نفاذه : وهذا على التفصيل الذي تقدم ذكره (١) :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٦ - ١٥٨ .

١٦٨ - تطبيقات لمبدأ عدم الرجعية :

نكتفي هنا بالإحالة إلى التطبيقات التي تقدم ذكرها عند الكلام في مبدأ عدم رجعية القانون في النظرية الحديثة (١) :

ثانيا : استثناءان من مبدأ عدم رجعية القانون

١٦٩ - استثناءان من مبدأ عدم الرجعية :

يرد على مبدأ عدم رجعية القانون الاستثناءان الآتيان :

١ - النص الصريح على الرجعية : وقد سبق أن تكلمنا في ذلك عند الكلام في مبدأ عدم رجعية القوانين بصفة عامة . كما رأينا أن النظرية التقليدية والنظرية الحديثة تتفقان في الأخذ بهذا الاستثناء : ولذلك نكتفي بما ذكرناه فيما تقدم (٢) :

والواقع أن هذا الاستثناء يصبح أن يرد على جميع القواعد التي تحكم موضوع النزاع في الزمان . حيث يستطيع الشارع ، في غير القوانين الجنائية التي تقرر جريمة جديدة أو تشدد عقوبة سابقة ، أن يخرج بمقتضى النص الصريح على هذه القواعد ، فله أن ينص على رجعية القانون الجديد . أو ينص على استمرار سريان القانون القديم حين يجب الأخذ بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد . أو ينص على سريان القانون الجديد حين يجب الأخذ بالأثر المستمر للقانون القديم :

(٣) القوانين الجنائية الأصلح للمتهم : وقد سبق أن رأينا أن النظرية التقليدية تأخذ بهذا الاستثناء (٤) . ولكن النظرية الحديثة ترى أن تطبيق القانون الأصلح للمتهم على ماوقع قبل نفاذه من أفعال لا يعتبر استثناء ، وإنما يكون بمقتضى ما لهذا القانون من

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٧ و ١٥٨ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ و ١٥٣ و ١٥٩ .

(٣) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٣ .

أثر مباشر ، إذ أن المركز القانوني المترتب على الفعل الذى ارتكبه المتهم لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الفعل ، بل لابد من صدور حكم قضائى ، حيث يعتبر الحكم هنا منشأ لهذا المركز وليس مقرراً له (١) :

ولكننا نعتقد أننا بصدد استثناء حقيقى لمبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية . وقد نص الشارع على هذا الاستثناء ، ولذلك نرجى بيان حكمه إلى حين الكلام فى صور التنازع التى وردت فى شأنها حلول تشريعية :

١٧٠ - القوانين التفسيرية ليست استثناء من مبدأ عدم الرجعية :

عرفنا فيما تقدم أن القوانين التفسيرية هى تلك التى يصلها الشارع لبيان المعنى المقصود من تشريع سابق على أثر مظهر فى العمل من خلاف حول حقيقة المعنى الذى قصده الشارع من هذا التشريع أو ما اتجهت إليه المحاكم من الأخذ بما يخالف هذا المعنى :

ورأينا أن النظرية التقليدية والنظرية الحديثة تتفقان فى اعتبار سريان القانون التفسيري على ما وقع قبل صدوره فى ظل التشريع المراد تفسيره استثناء من مبدأ علم الرجعية (٢) .

ولكن الرأى السائد ، وهو الصحيح ، أننا لسنا بصدد استثناء من مبدأ عدم الرجعية . ذلك أن القانون التفسيري ، بحكم طبيعته ، يعتبر جزءاً متماً للتشريع المراد تفسيره ، مادام يأتي بتفسير حقيقى وليس بقواعد جديدة . فهو بهذه المثابة لا يأتى بقواعد جديدة ، وإنما يوضح القواعد القديمة . وليس فى الرجوع عن تفسير سابق ما ينطوى على رجعية ، إذ أن القاضى وهو يأخذ بالتفسير الجديد إنما يطبق القواعد السابقة ذاتها . غير أنه إذا كان القانون التفسيري يتضمن فى حقيقته قواعد جديدة جاء بها الشارع تحت ستار التفسير ، فإننا نكون بصدد رجعية مقرررة بمقتضى النص . وفى هذه الحالة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٩ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٥٣ و ١٥٩ .

يتعين أن تتوافر الشروط المقررة في الدستور للنص على الرجعية وفقاً فصلناه فيما تقدم : بحيث تستطيع المحاكم أن تمتنع عن تطبيق ذلك القانون إذا لم تتوافر هذه الشروط :

ثالثاً : الأثر المباشر للقانون

١٧١ - معنى مبدأ مؤثر المباشر للقانون ومردود تطبيقه :

القاعدة أن يسرى القانون بما له من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذه . ويتحدد نطاق تطبيق هذه القاعدة في ضوء ماذكرناه في خصوص مبدأ علم الرجعية ، وهو ما نقول به النظرية الحديثة . فسيان القانون بماله من أثر مباشر على ما يقع بعد نفاذه مقتضاه أن القانون الجديد يسرى على المراكز القانونية التي بدأ تكوينها بعد نفاذه ، وعلى ما يقع بعد نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المراكز القانونية التي بدأ تكوينها أو انقضاؤها في ظل القانون القديم ، وعلى الآثار التي تترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التي تكونت أو بدأ تكوينها في ظل القانون القديم . وهذا على التفصيل الذي تقدم ذكره (١) :

١٧٢ - تطبيقات لمبدأ مؤثر المباشر للقانون :

نحيل إلى التطبيقات التي تقدم ذكرها عند الكلام في مبدأ الأثر المباشر للقانون في النظرية الحديثة .
وتضيف إلى هذه التطبيقات ما يأتي :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦١ - ١٦٢ .

١٧٣ - (١) القانون العام :

تسرى القواعد القانونية التي تلحق في نطاق القانون العام بما لها من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذها ، ولو كان مرتباً على مركز قانوني نشأ قبل هذا النفاذ :

فالقانون الجديد الذي ينظم علاقة الموظف بالدولة على نحو جديد يسرى فور نفاذه على جميع الموظفين الذين التحقوا بخدمة الدولة قبل هذا النفاذ . كان يتضمن هذا القانون قواعد جديدة فيما يتعلق بالمرتبات أو نظام الترقية أو المعاش .

وقوانين الإجراءات الجنائية تسرى على كل ما يقع بعد نفاذها ، سواء تعلق الأمر بالاختصاص أو بإجراءات المحاكمة أو بتنفيذ العقوبة ، ولو كان ذلك مرتباً على فعل ارتكب قبل هذا النفاذ . أما الإجراءات التي تمت قبل هذا النفاذ فلا تمسها تلك القوانين ، بل تبقى خاضعة للقانون القديم الذي تمت في ظله :

إنما يلاحظ أن القوانين الجنائية التي تقرر جريمة جديدة أو تشدد عقوبة سابقة لا تسرى إلا على الأعمال التي تقع بعد نفاذها (م ٥ عقوبات) : حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص . وقد رأينا أن الدستور نص على هذه القاعدة (م ٢٥ من الدستور) • وأن الشارع نفسه لا يملك الخروج عليها (م ١٦٤ من الدستور) (١) :

كما يلاحظ أن القوانين الجنائية الأصلح للمتهم ، وهي التي تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة ، تسرى بأثر رجعي كما سبق أن ذكرنا :

١٧٤ - (٢) القانون الخاص :

(١) تسرى القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية بما لها من أثر مباشر على كل ما يقع بعد نفاذها ، ولو كان مرتباً على مركز قانوني نشأ قبل هذا النفاذ •
فالقانون الجديد الذي يرفع سن الرشد يسرى على كل شخص لم يبلغ السن المقررة

(١) انظر فيها تقدم فقرة ١٤٨ •

فيه وقت نفاذه ، فيعتبر قاصرا حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيدا في حكم القانون القديم :

والقانون الذى يفرض على الزوج الذى يريد الطلاق أن يستصدر حكما من القاضي بذلك بعد أن كان الطلاق بإرادة الزوج وحده ، يسرى على من هم أزواج وقت نفاذه رغم أنهم تزوجوا فى ظل القانون القديم :

والقانون الذى يعدل من القواعد المتعلقة بآثار الطلاق ، كالنفقة أو الحضانة ، يسرى على ما يستحق من نفقة أو يتم من حضانة بعد نفاذه . ولكنه لا يسرى على ما استحق من نفقة أو تم من حضانة قبل هذا النفاذ .

(ب) كذلك تسرى القوانين المتعلقة بالحقوق العينية من وقت نفاذها بأثر مباشر على جميع أصحاب هذه الحقوق .

فالقانون الجديد الذى يعدل من أحكام الملكية ، كأن يفرض قيودا جديدة للملكية أو يحرم المالك من بعض السلطات التى كانت عتلة لياه من قبل ، يسرى على الملكيات القائمة وقت نفاذه :

وإذا كان المركز القانونى لصاحب الحق قد أدركه القانون الجديد وهو فى دور التكوين أو الانقضاء ، فإن هذا القانون يسرى على ما يتم بعد نفاذه من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولكنه لا يسرى على ما تم قبل ذلك النفاذ من هذه العناصر : وقد سبق أن رأينا أمثلة لذلك فى حالتى الوصية والتقدم (١) :

(ج) وتسرى القوانين المتعلقة بإبرام التصرفات على ما يبرم بعد نفاذها ، وذلك سواء تعلقت بشروط الانعقاد أو الصحة .

فالقانون الذى يعدل من شروط إبرام العقد ، كأن يتطلب شكلا معينا لإبرامه لم يكن مقررا من قبل أو يعدل من القواعد الخاصة بالأهلية اللازمة لإبرامه ، يسرى على كل عقد يبرم بعد نفاذه . ولكنه لا يسرى على ما أبرم قبل هذا النفاذ ، حيث يسرى القانون القديم الذى أبرم العقد فى ظله :

فإذا صدر قانون جديد يتطلب في خصوص عقد معين أن يتخذ بورقة رسمية ، بعد أن كان يجوز إبرامه بورقة عرفية ، فإنه يسرى على كل عقد يبرم بعد نفاذه ، ولكنه لا يمس العقود التي أبرمت صحيحة قبل نفاذه بورقة عرفية وفقا لحكم القانون القديم .

وإذا صدر قانون جديد يرفع سن الرشد ، فعاد الشخص قاصرا بمقتضى هذا القانون بعد أن كان رشيد وفقا لحكم القانون القديم ، فإن القانون الجديد يسرى على ما يبرمه هذا الشخص من تصرفات بعد نفاذه ، ولكنه لا يمس التصرفات التي أبرمت صحيحة قبل هذا النفاذ في ظل القانون القديم . وسنعود إلى هذه الصورة عند الكلام في الحلول التشريعية لبعض صور التنازع :

(د) وفيما يتعلق بالقوانين الخاصة بأدلة الإثبات تجب التفرقة بين نوعين من هذه القوانين (١) :

النوع الأول يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التي يكون مفروضا فيها أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على إثبات الوقائع التي تحدث بعد نفاذها . أما الوقائع السابقة على هذا النفاذ فتخضع في إثباتها للقانون الذي وقعت في ظله ، ولو كان يجري إثباتها في ظل القانون الجديد الذي يعدل من قواعد الإثبات .

وعليه فالأدلة التي تعد مقدما ، أي تعد عند نشوء الواقعة المراد إثباتها وقبل وقوع أي نزاع ، وهي الكتابة ، يخضع الإثبات بها للقانون الذي نشأت في ظله الواقعة التي يجري إثباتها (م ٩ مدني) . فإذا صدر قانون جديد يرفع نصاب البينة مثلا من عشرة جنهيات إلى عشرين جنهيا ، فإن التصرفات القانونية التي تراوح قيمتها بين هذين الحدين وتكون قد نشأت تحت سلطان القانون القديم تظل محكومة به فتجب الكتابة في إثباتها . وسنعود إلى هذه الصورة عند الكلام في الحلول التشريعية لبعض صور التنازع ، حيث نص القانون على هذا الحكم .

(١) راجع في هذا الخصوص كتابنا في الإثبات فقرة ٥٢ .

وتأخذ القرائن القانونية حكم الأدلة التي تعد مقدمات (١). فالشارع في هذه القرائن يستمد مع واقعة معينة دليلا لصالح المدعى يفي به عن الإثبات . وبذلك يعتبر هذا الدليل أنه قد أعد وقت قيام هذه الواقعة ، ويكون الفارق بينه وبين الحالة السابقة أن الدليل بدل أن يعد بواسطة الأفراد قد تكفل القانون بإعداده . ومن ثم تخضع هذه القرائن لحكم القانون المطبق وقت قيام الواقعة التي تستمد منها القرينة . وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٩ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى فقالت : « تسرى في شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها في الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الذى ترتب عليه القرينة القانونية » . ولكن حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها (٢) : فإذا أقيم قانون جديد قرينة لم ينص عليها القانون القديم ، فإن الوقائع التى تقوم عليها هذه القرينة وتكون قد حدثت في ظل القانون القديم لا تكون لها حثايات القوة في الدلالة ، وإنما يخضع تقديرها لحكم القانون القديم . مثل ذلك القرينة المنصوص عليها في المادة ٩١٧ مدنى ، حيث اعتبر الشارع احتفاظ المورث بمجازة العين التى تصرف فيها إلى أحد ورثته وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته قرينة على أن التصرف وصية : فقد استحدثها التقنين المدنى الحالى ، ومن ثم لا تسرى على التصرفات التى أبرمت قبل نفاذه (٣) :

وقد ذهب رأى إلى أن الأصل في قواعد الإثبات هو سريانها على جميع الوقائع التى يجرى إثباتها بعد نفاذها حتى لو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ : ولكن هذا الزعم غير صحيح على إطلاقه . فهو لا يصلح إلا على الأدلة التى لا يكون مفروضا فيها أن تتوفر في الوقت الذى نشأت فيه الواقعة التى يجرى إثباتها ، وهى التى يشملها النوع الثانى من القرائن التى نحن بصددنا . إذ أن تطلب توفر الدليل في الوقت الذى نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، سواد كان ذلك من طريق الكتابة أو من طريق استخلاص

(١) انظر في هذا المعنى : المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى للتقنين المدنى في مجموعة الأعمال

ج ١ ص ٢٢٦ في الماخذ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية لتقنين المدنى المرجع السابق ، ص ٢٢٧ .

(٣) راجع في هذا الخصوص : كتابنا في حق الملكية ، الطبعة الثانية قرة ٥٩٢ .

قائمة قانونية ، يؤدي إلى نشوء مركز قانوني من حيث الإثبات في الوقت الذي كان يجب فيه توافر هذا الدليل . ومن ثم يخضع هذا المركز للقانون القائم وقت نشوئه .

والنوع الثاني يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التي لا يكون مفروضاً فيها أن تتوفر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على الوقائع التي يجري إثباتها بعد نفاذها ولو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ . حيث يتعلق الأمر بأدلة تتوفر أثناء سير الخصومة . كما هو الشأن في الدليل الذي يستفاد من تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو امتناعه عن الإجابة بغير مبرر قانوني (م ١٧٣ ، موافعات) :

(أ) أما القوانين المتعلقة بآثار العقود الجارية ، وهي العقود التي نشأت في ظل القانون القديم وهازالت تنتج آثارها بعد نفاذ القانون الجديد ، فيفرق في شأنها بين القواعد الآمرة والقواعد المكحلة . حيث تسرى القواعد الآمرة بأثر مباشر على هذه الآثار نظراً إلى تعلقها بالنظام العام ، بينما لا تسرى القواعد المكحلة استثناء فتظل الآثار خاضعة للقانون القديم الذي نشأ العقد تحت سلطانه . ولذلك نتكلم عنها فيما يلي ونحن نعرض للأثر المستمر للقانون القديم :

رابعاً : استثناء من مبدأ الأثر المباشر
الأثر للسفر للقانون القديم

١٧٥ — معنى الأثر المستمر للقانون القديم وعبارة تطبيقه :

الأصل ، كما رأينا ، أن يسرى القانون الجديد بما له من أثر مباشر على الآثار التي ترتب بعد نفاذه على المراكز القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم وعلى طرق انحلالها .

ولكن استثناء من هذا الأصل يظل القانون القديم يسرى على ما يرتب بعد إلغائه من آثار العقود التي نشأت تحت سلطانه وعلى طرق انحلالها . فهذا هو الأثر المستمر للقانون القديم .

غير أن هذا الاستثناء ليس مطلقا، وإنما يتحدد نطاقه في ضوء الأساس الذي يقوم عليه ، وهو انتهاء العلة من تقرير الأثر المباشر للقانون الجديد وقتئذ لما فصلناه فيما تقدم . وقد سبق أن عرضنا للمعايير التي اتخذت لتحديد هذا النطاق عند مناقشتنا لعيوب النظرية الحديثة ، واثبتنا إلى تفضيل معيار النظام العام والآداب على إطلاقه (١) .

فإذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد أمرة فإنها تسرى على الآثار المستقبلية لهذه العقود الجارية وعلى طرق انحلالها . أما إذا كانت قواعد مكلية فلا تسرى ، وإنما يظل القانون القديم ساريا . فهنا هو النطاق الذي يؤخذ فيه بالأثر المستمر للقانون القديم .

وقد أخذ المشروع التهديد بالتقنين المدني بهذا الرأي ، حيث كان ينص في المادة السابعة منه على أنه « إذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه فإن القانون المنسوخ يظل مع ذلك ساريا على الروابط والحالات القانونية التي نشأت تحت سلطانه وكانت مرتبة على إرادة المتعاقدين ما لم يوجد نص يقضى بغير هذا أو كان القانون الجديد مصعقا بالنظام العام أو الآداب » (٢) . وهو الرأي الذي يؤيده أغلب الفقه المصري ٥ كما أخذت تستقر عليه أحكام محكمة النقض (٣) .

(١) انظر فيما تقدم ١٦٤ و ١٦٥ .

(٢) عدل هذا النص في لجنة المراجعة فأصبح يجري على النحو الآتي : « لا يسل بالصوص التشريعية إلا من وقت سيورتها فالتة فلا تسرى على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في التشريع الجديد يقضى بغير ذلك أو كان التشريع الجديد مصعقا بالنظام العام أو الآداب » . ثم حلف في لجنة مجلس الشيوخ لورود حكمه في الدستور (مجموعة الأعمال التشريعية لتقنين المدني ، ج ١ ، ص ٢١٤ - ٢١٦) .

(٣) نقض مدني في ٢١ مايو ١٩٥٣ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ٤ - ١٠٢٨ - ١٦١ . وفي ١٦ فبراير ١٩٥٦ ، نقض المجموعة ٧ - ٢٤١ - ٣٣ . وفي ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ ، نقض المجموعة

١٧٦ - تطبيقات :

على أساس ما اتينا إليه الآن في ضوء معيار النظام العام والآداب من الضيقة في هذا المصدد بين ما إذا كانت قواعد القانون الجديد أمروما إذا كانت مكرمة وسوق التطبيقات الآتية :

أولا : تطبيقات يؤخذ فيها بمبدأ الأثر المستمر للقانون القديم :

(١) كان التنين المدني القديم لا يلزم المؤجر بالقيام بأية ترميمات في العين المؤجرة إلا إذا اتفق على ذلك (م ٣٧٠/٤٥٣ مدني قديم) . ثم جاء التنين الحالي ففرض على المؤجر أن يقوم بجميع الترميمات الضرورية ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك (م ٥٦٧ مدني) ، فهذه القاعدة الجديدة التي بمقتضاها يلزم المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية على خلاف ما كان مقررا من قبل قاعدة مكرمة ، إذ أنها لا تتعلق بالنظام العام ، ولذلك لا تسرى على عقود الإيجار التي أبرمت في ظل القانون القديم ، وإنما تظل تلك العقود محكمة بهذا القانون .

(٢) إذا فرضنا أن عقد بيع أبرم في ظل قانون يجعل نفقات العقد على المشتري ، ثم صدر قانون جديد يجعل هذه النفقات متناصفة بين الطرفين ، فإن القانون القديم يظل يحكم العقد الذي أبرم في ظله ، لأن هذه القاعدة الجديدة قاعدة مكرمة ، إذ أنها لا تتعلق بالنظام العام .

ثانيا : تطبيقات يؤخذ فيها بمبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد :

(١) الفائدة الاتفاقية : كان التنين المدني القديم يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ٨٪ ، بمعنى أنه لا يجوز الاتفاق على سعر للفوائد يزيد عن ذلك (١٢٥/١٨٥ مدني قديم) . ثم خفض التنين المدني الحالي هذا السعر إلى ٧٪ (٢٢٧ مدني) .

والإشكال هنا لا يتعلق بالقواعد التي تستحق من المدة السابقة على نفاذ القانون الجديد ، فهذه تخضع للقانون القديم الذي استحدثت في ظله ، فلا يسرى عليها القانون الجديد طبقا لمبدأ عدم الرجعية .

إنما يثور الإشكال بالنسبة إلى الفوائد التي تستحق بعد نفاذ القانون الجديد ،
ويلاحظ في ضوء ما عرضناه من خلاف في هذا الصدد أنه طبقا للنظرية الحديثة
(رأى الأستاذ روبييه) لا تسرى القاعدة الجديدة على هذه الفوائد ، وإنما يسرى
القانون القديم بماله من أثر مستمر ، لأن هذه القاعدة تتعلق بمركز عقدي لا بنظام قانوني .
وكذلك يكون الحل طبقا للرأى الذى رأيناه بأخذ بمعيار النظام العام على نحو مقيد ،
حيث يقصر تطبيق القانون الجديد على الحالة التي تكون فيها قواعده ذات أهمية بالغة
لارتباطها بالنظام العام للجماعة بأسرها ، فينتهى إلى أن القاعدة الخاصة بسعر الفائدة
الاتفاقية لا ترقى إلى هذا المستوى . وهو ما يعبر عنه البعض بالفرقة بين قواعد النظام
العام التي يراد بها حماية مصلحة عامة وتلك التي تحمى مصالح خاصة ، فيرى أن القاعدة
المذكورة من قبيل هذا النوع الأخير من قواعد النظام العام ، ولذلك لا تسرى القاعدة
الجديدة في هذا النطاق .

ولكن الرأى الصحيح الذى انتهينا إليه ، وهو الأخذ بمعيار النظام العام والآداب
على إطلاقه ، بحيث تسرى القاعدة الجديدة إذا كانت أمرة بما لها من أثر مباشر ،
يؤدى إلى سريان السعر الجديد للفائدة الاتفاقية وهو ٧٪ على الفوائد التي تستحق من
تاريخ نفاذ التقنين المدنى الحالى ، وهو ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، نظرا إلى تعلق القاعدة
بالنظام العام . أما الفوائد التي استحققت قبل هذا التاريخ فيسرى عليها السعر القديم .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى في هذا المعنى
ما يأتى : « ولدينى أن أثر هذا التخفيض لا يستند إلى الماضى . فسيظل السعر المقرر
بمقتضى النصوص الحالية (التقنين المدنى القديم) قائما إلى تاريخ العمل بأحكام التقنين
الجديد . أما بعد هذا التاريخ فتطبق الأحكام الخاصة بالسعر الجديد ، حتى بالنسبة
للعقود التي تمت من قبل ، اتفاقية كانت الفوائد أو قانونية » (١) .

وهذا كما قلنا هو الرأى الذى يؤيده أغلب الفقه المصرى ، والذى أخذت تستقر
عليه أحكام محكمة النقض (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية للتقنين المدنى ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٢١ مايو ١٩٥٣ المشار إليه . وفى ١٦ فبراير ١٩٥٦ المشار إليه .

وفى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ المشار إليه .

(٢) الظروف الطارئة : كانت القاعدة التي تنص بأن العقد شريعة المتعاقدين قاعدة مطلقة في التقنين المدني القديم ، بمعنى أنه لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين . ولكن الشارع في التقنين الحالي استحدث قيدا على هذه القاعدة ، إذ جعل للقاضي سلطة تعديل العقد إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسخ توقعها وترتب عليها أن صار تنفيذ العقد مرهقا للمدين إلى حد يهدده بخسارة فادحة ، ونص على بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٧/٢ مدني) .

فهذه القاعدة الجديدة تتعلق بالنظام العام ، حيث جعلها الشارع قاعدة أمرة . وبشر بالنسبة إليها ذات الخلاف الذي أشرنا إليه في خصوص التطبيق السابق : ولكن الحل الصحيح وفقا لقلنا أنه فيما يتعلق بالعقود التي أبرمت في ظل التقنين القديم وتراخي تنفيذها إلى ما بعد نفاذ التقنين الحالي ، تسرى القاعدة الجديدة على وقائع التنفيذ التي تتم بعد هذا النفاذ ، أما الواقع التي تمت قبل هذا النفاذ فلا تمسها تلك القاعدة :

(٣) والقانون الذي يفرض سعرا إلزاميا للعملة الورقية يسرى بما له من أثر مباشر على العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم ولم يتم تنفيذها إلا بعد نفاذ القانون الجديد . فإذا كانت هناك عقود أبرمت في ظل القانون القديم واتفق فيها على الدفع بالذهب ، فإن المدين في هذه العقود الذي يقوم بالوفاء في ظل القانون الجديد يحق له أن يني بالعملة الورقية ، رغم شرط الدفع بالذهب الوارد في العقد والذي كان صحيحا وفقا لأحكام القانون القديم . إذ أن القاعدة التي تفرض سعرا إلزاميا للعملة الورقية تتعلق بالنظام العام .

المطلب الرابع

الحلول التشريعية لبعض صور التنازع في الزمان

١٧٧ - إحصاء هذه الصور :

وضع الشارع قواعد لحل تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة إلى بعض الصور الهامة . وقد توزعت هذه القواعد في تقنيات مختلفة بحسب طبيعة القوانين التي يقوم التنازع بينها :

فعرض في التقنين المدني لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالأهلية ، والتقدم ، وبعض أدلة الإثبات .

وعرض في تقنين المرافعات المدنية والتجارية لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالمرافعات :

وعرض في تقنين العقوبات لحل التنازع بين القوانين المتعلقة بالعقوبات ، أي التي تبين الجرائم والعقوبات المقررة لها ،
وسنعرض لهذه القواعد بهذا الترتيب :

١٧٨ - القوانين المتعلقة بالأهلية :

نصت المادة ٦ من التقنين المدني في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذه النصوص . وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة .

وبين هذا النص الحل الذي يتبع في حالة التنازع بين قانونين متعاقبين فيما يتعلق بالأهلية . حيث يتناول المسألتين اللتين يثور البحث في شأنهما في هذه الحالة : الأولى تتعلق بمركز الشخص من حيث الأهلية ، والثانية تتعلق بالتصرفات التي صدرت منه في ظل القانون القديم .

١ - الأهلية : فيما يتعلق بمركز الشخص من حيث الأهلية يسرى القانون الجديد على جميع الأشخاص : فإذا كان هذا القانون قد رفع سن الرشد فإن كل شخص لم يبلغ السن المقررة فيه عند نفاذه يعتبر قاصرا من وقت هذا النفاذ حتى لو كان قد سبق اعتباره رشيدا في ظل القانون القديم : وإذا كان القانون قد خفض سن الرشد فإن كل شخص بلغ السن المقررة فيه عند نفاذه يعتبر رشيدا من وقت هذا النفاذ حتى لو لم يبلغ السن المقررة في القانون القديم فكان يعتبر قاصرا في ظل هذا القانون .

وهذا الحل الذي تقضى به الفقرة الأولى من النص المذكور يتفق بشرطيه مع فقه النظرية التقليدية . ففي حالة رفع سن الرشد يسرى القانون الجديد على أساس تعلق قواعده بالنظام العام ، وفي حالة تخفيض سن الرشد يسرى هذا القانون على أساس عدم وجود حق مكتسب . كما أنه يتفق في حالة تخفيض سن الرشد مع فقه النظرية الحديثة ، وذلك على أساس أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم ، فيسرى عليه القانون الجديد بما له من أثر مباشر حيث يقرر انتضاءه من وقت نفاذه . أما في حالة رفع سن الرشد فإن الحل لا يتفق مع ما يراه الأستاذ روبييه من أن الشخص إذا بلغ من الرشد في ظل القانون القديم يكون مركزه باعتباره قاصرا قد انقضى ، ومن ثم لا يجوز تطبيق القانون الجديد عليه وإعادة قاصرا ، إذ أن مبدأ عدم الرجعية يحول دون سريان القانون على انتضاء المراكز القانونية الذي تم قبل نفاذه .

ولكننا نعتقد أن هذا الحل الذي ورد في النص هو الحل السليم على أساس أن القانون الجديد يسرى في الحالين بمقتضى أثره المباشر . ففي حالة رفع سن الرشد يسرى القانون الجديد بأثر مباشر على مركز الشخص باعتباره رشيدا ، فيعيده قاصرا إذا لم يكن قد بلغ السن المقررة فيه وقت نفاذه ، إذ أنه يملك إعادة النظر في المراكز القائمة وقت نفاذه بما له من أثر مباشر بالنسبة إلى المستقبل . وفي حالة تخفيض سن الرشد يسرى القانون الجديد بأثر مباشر على مركز الشخص باعتباره قاصرا ، إذ أن هذا المركز لم يكن قد انقضى في ظل القانون القديم ، فيسرى عليه القانون الجديد بما له من أثر مباشر حيث يقرر انتضاءه من وقت نفاذه .

٢ - التصرفات : فيما يتعلق بالتصرفات التي أبرمها الشخص في ظل القانون

القانون القديم تناولت الفقرة الثانية من النص المذكور حالة ما إذا كان الشخص رشيدا في ظل القانون القديم ثم عاد قاصرا وفقا للقانون الجديد الذى يرفع سن الرشد ، فقضت بأن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة . ومعنى ذلك أن القانون الجديد لا يرسى على التصرفات التى أبرمها هذا الشخص فى ظل القانون القديم ، بل تظل هذه التصرفات محكومة بالقانون الذى تمت فى ظله . فإذا كان هذا الشخص قد أبرم فى ظل القانون القديم تصرفا صحيحا باعتباره كامل الأهلية ، فإن التصرف يظل صحيحا كما كان وفقا لحكم هذا القانون :

أما الحالة الأخرى التى يصبح فيها الشخص رشيدا وفقا للقانون الجديد الذى يخفف من الرشد بعد أن كان قاصرا فى ظل القانون القديم ، فلم يتناولها النص لوضوح حكمها ، وهو ذات الحكم المقرر فى الحالة الأولى : حيث لا يرسى القانون الجديد على التصرفات التى أبرمها هذا الشخص فى ظل القانون القديم . فإذا كان هذا الشخص قد أبرم فى ظل القانون القديم تصرفا غير صحيح باعتباره ناقص الأهلية ، فإن التصرف يظل باطلا أو قابلا للإبطال كما كان وفقا لحكم هذا القانون .

ويتفق هذا الحل مع مبدأ عدم الرجعية فى كل من النظريتين التقليدية والحديثة : فأساسه فى النظرية التقليدية أن القانون الجديد لا يجوز أن يمس حقا مكتسبا . وأساسه فى النظرية الحديثة أن القانون الجديد لا يمس تكوين المراكز القانونية التى تم فى ظل القانون القديم . وهذا التصور الأخير هو الذى نراه صالحا وفقا لما ذكرناه فى المبادئ العامة التى انتهينا إليها (١) ،

١٧٩ - القوانين المتعلقة بالتقادم :

من الواضح أنه إذا صدر قانون جديد يتعلق بالتقادم ، سواء كان التقادم مكسبا أو مسقطا ، فلا يرسى هذا القانون على التقادم الذى اكتمل بانقضاء مدته فى ظل القانون القديم ، وذلك طبقا لمبدأ عدم الرجعية . ومن الواضح كذلك أن القانون الجديد يرسى على التقادم الذى يبدأ سريانه بعد نفاذه ، وذلك طبقا لمبدأ الأثر المباشر للقانون .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٦٧ .

إنما تنور الصعوبة إذا كان التقادم قد بدأ في ظل القانون القديم ولم يكن قد اكتمل عند نفاذ القانون الجديد . حيث يتعلق الأمر في هذه الحالة بمركز قانون أدركه القانون الجديد وهو في دور التكوين أو الانقضاء ، فيسرى ذلك القانون على ما تم بعد نفاذه من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء بمقتضى أثره المباشر ، ولكنه لا يسرى على ما تم قبل هذا النفاذ من عناصر وفقا لمبدأ علم الرجعية .

وقد تكفلت المادتان ٧ و ٨ من التتئين المدنى ببيان الحلول التى تتبع فى هذه الحالة :
ومستعرض منها أولا الحلول التى يقضى بها مبدأ عدم الرجعية ، ثم الحلول التى يقضى بها مبدأ الأثر المباشر .

أولا : عدم رجعية القانون الجديد : نصت المادة ٧ / ٢ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة بيده التقادم ووقته وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

ذلك أنه وفقا لمبدأ عدم الرجعية لا يسرى القانون الجديد كما قلنا على ما تم قبل نفاذه من عناصر تكوين أو انقضاء المركز القانونى ، بل تظل هذه العناصر محكومة بالقانون القديم . ولذلك يخضع التقادم للقانون القديم من حيث البدء والوقف والانقطاع ، وذلك عن المدة السابقة على نفاذ القانون الجديد . فإذا كان التقادم قد بدأ صحيحا وفقا للقانون القديم ظل كذلك من حيث بله المدة . وإذا كانت المدة قد وقفت لسبب يقره هنا القانون أسقطت مدة الوقف من الحساب . وإذا كانت المدة قد انقطعت بسبب يقره هذا القانون أسقطت المدة السابقة على الانقطاع .

ثانيا : الأثر المباشر للقانون الجديد : نصت المادة ٧ / ١ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل » .

وليان حكم هذا النص تفرق بين مدة التقادم وشروط التقادم الأخرى :

(١) شروط التقادم : القاعلة أن يسرى القانون الجديد الذى يعدل من شروط التقادم بما له من أثر مباشر على كل تقادم لم يكتمل . من ذلك أن يعدل القانون الجديد فى الأحكام المتعلقة بقبالية الحق للتقادم أو أسباب الوقف أو الانقطاع . فالقانون الذى

يجعل مالا معينا غير قابل لأن يكسب بالتقادم بعد أن كان قابلا له يسرى على كل تقادم لم يكتمل في شأن هذا المال . والقانون الذى يعدل من أسباب وقف التقادم أو انقطاعه يسرى على كل وقف أو قطع يحدث بعد نفاذه لتقادم لم يكتمل ، بحيث لا يقع هذا أو ذاك إلا بالأسباب التى أتى بها ذلك القانون .

(٢) مدة التقادم : القاعدة ، كما هو الحكم بالنسبة إلى شروط التقادم الأخرى ، أن يسرى القانون الجديد الذى يعدل من مدة التقادم بما له من أثر مباشر على كل تقادم لم يكتمل .

ولا صعوبة في تطبيق هذه القاعدة إذا كان القانون الجديد يطيل المدة ، إذ يجب الأخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما مضى منها في ظل القانون القديم . فإذا كانت المدة المقررة للتقادم في القانون القديم خمس عشرة سنة ، ومضى منها في ظل هذا القانون عشر سنوات ، ثم صدر قانون جديد يطيلها إلى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم إلا بمضى عشر سنوات أخرى تضاف إلى المدة التى مضت حتى تكتمل العشرين سنة التى يتطلبها القانون الجديد .

إنما تظهر الصعوبة إذا كان القانون الجديد يقصر المدة . وقد كان الحل في هذه الحالة محل خلاف فحسمه الشارع . ذلك أن القاعدة كما قلنا أن يسرى القانون الجديد في هذه الحالة بما له من أثر مباشر . ومقتضى هذا أن يؤخذ بالمدة الجديدة مع احتسابه ما انقضى من المدة السارية . غير أن هذا من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ، مما جعل الشارع لا يقتيد بتلك القاعدة ، بنية الوصول إلى حلول أدنى إلى تحقيق العدالة والاستقرار (١) .

حيث تجب التفرقة في هذا الشأن بين صورتين :

الصورة الأولى أن يكون الباقي من المدة التى يتطلبها القانون القديم أطول من المدة التى قررها القانون الجديد ، وحينئذ يصرف النظر عما انقضى من المدة في ظل القانون القديم ، ويبدأ سريان المدة الجديدة من وقت نفاذ القانون الجديد . وقد نصت المادة

(١) انظر للذكر الإيضاحية المادة ٨ منق في جملة الأعمال الصغيرة المقتضى المذموم ٦

٨ / ١ مدني على هذا الحل فقالت : وإذا قرر النص الجديد مدة للتقدم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . فإذا كانت مدة التقدم وفقاً للقانون القديم خمس عشرة سنة ، وبعد مضي ثلاث سنوات من بدء سريان التقدم صدر قانون جديد يقصر المدة إلى عشر سنوات ، فإن الباقي من المدة السابقة وهو اثنتا عشرة سنة يكون أطول من المدة التي قررها القانون الجديد ، فيصرف النظر عن مدة الثلاث سنوات التي انقضت ، وتبدأ من وقت نفاذ القانون الجديد المدة التي يحددها هذا القانون وهي عشر سنوات ، حيث يتم التقدم بانتهاء هذه المدة الجديدة . ويمتاز هذا الحل بأنه أقرب إلى العدالة ، حيث يتخذ مسلماً وسطاً بين المدة القديمة والمدة الجديدة .

والصورة الثانية أن يكون الباقي من المدة التي يتطلبها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد . وحيث لا يسري القانون الجديد ، بل يستمر التقدم إلى أن تنتهي مدته وفقاً للقانون القديم . ففي هذه الصورة يؤخذ بالأثر المستمر للقانون القديم . وقد نصت المادة ٨ / ٢ مدني على هذا الحل فقالت : « أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقدم يتم بانقضاء هذا الباقي » . فإذا كانت مدة التقدم وفقاً للقانون القديم خمس عشرة سنة ، وبعد مضي عشر سنوات من بدء سريان التقدم صدر قانون جديد يقصر المدة إلى عشر سنوات ، فإن الباقي من المدة السارية وهو خمس سنوات يكون أقصر من المدة التي قررها القانون الجديد ، فيستمر التقدم خمس سنوات من وقت نفاذ القانون الجديد ، حيث يتم بانقضاء هذا الباقي وفقاً للقانون القديم : وقد أخذ الشارع بهذا الحل على خلاف ما أخذ به في الصورة الأولى ، لأن صرف النظر عما انقضى من المدة في ظل القانون القديم والأخذ بالمدة الجديدة يؤدي إلى إطالة المدة عما كانت عليه في القانون القديم مع أن الشارع يريد قصيرها . كذلك لم يأخذ الشارع بالقاعدة العامة في الأثر المباشر للقانون الجديد ، لأن الأخذ بالمدة الجديدة مع احتساب ما انقضى من المدة في ظل القانون القديم يؤدي إلى اعتبار التقدم مكتملاً فور نفاذ القانون الجديد ، فيكون في هذا مفاجأة لمن يسري التقدم ضده ويحرمه من فرصة المطالبة بحقه .

١٨٠ - القوانين المتعلقة بالأدلة المعركة لموتيات :

نصت المادة ٩ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغي فيه إعداده » .

وقد سبق أن عرضنا لهذه الصورة من التنازع عند الكلام فى تطبيقات الأثر المباشر للقانون فيما يتعلق بالقوانين الخاصة بأدلة الإثبات . حيث فرقنا فى هذا الشأن بين نوعين من هذه القوانين : النوع الأول يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التى يكون مفروضا فيها أن تتوفر فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على إثبات الوقائع التى تحدث بعد نفاذها ، أما الوقائع السابقة على هذا النفاذ فتخضع فى إثباتها القانون الذى وقعت فى ظله . وقد رأينا أن الأدلة التى تعد مقدما ، وهى الكتابة ، تعتبر من هذا القبيل ومن ثم يخضع الإثبات بها للقانون الذى نشأت فى ظله الواقعة التى يجرى إثباتها ، وهو حاقروه النص المذكور . إذ أن تطلب توفر الدليل فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها يؤدى إلى نشوء مركز قانونى مع حيث الإثبات فى الوقت الذى كان يجب فيه توافر هذا الدليل ، ومن ثم يخضع هذا المركز القانونى للقانون القائم وقت نشوئه : والنوع الثانى يشمل القوانين المتعلقة بالأدلة التى لا يكون مفروضا فيها أن تتوفر فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة المراد إثباتها ، وهذه تسرى على الوقائع التى يجرى إثباتها بعد نفاذها ولو كانت قد حدثت قبل هذا النفاذ . حيث يتعلق الأمر بأدلة تتوفر أثناء سير الخصومة .

ونكتفى بالإحالة إلى ما تقدم من تفصيل فى هذا الخصوص (١) :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٧٤ .

١٨١ - قوانين المرافعات :

نص تقنين المرافعات المدنية والتجارية في المادتين الأولى والثانية منه على الحلول التي تتبع عند النزاع بين قوانين المرافعات . ومنعرض منها أولا الحلول التي يقضى بها مبدأ عدم الرجعية ، ثم الحلول التي يقضى بها مبدأ الأثر المباشر :

أولا : عدم رجعية القانون الجديد : نصت المادة ١/٢ مرافعات في هذا الصدد على ما يأتي : « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحا في ظل قانون معمول به يبقى صحيحا ما لم ينص على غير ذلك » .

فبمقتضى مبدأ عدم الرجعية يخضع كل إجراء من إجراءات المرافعات للقانون الذي تم تحت سلطانه . فإذا اتخذ إجراء صحيح وفعالاً وضاع التي يتطلبها القانون القائم وقت مباشرته فإنه يبقى صحيحا ، ولو صدر بعد ذلك قانون جديد يستلزم أوضاعا أخرى لصحة هذا الإجراء . إذ أن تطبيق القانون الجديد على هذا الإجراء يعتبر سريانا على الماضي . مثل ذلك أن المادة ٣٨٩ من تقنين المرافعات الحالي توجب اشتغال صحيفة المعارضة على أسبابها وإلا كانت باطلة . بينما لم يكن التقنين القديم يتطلب ذلك . فإذا أعلنت صحيفة المعارضة في ظل التقنين القديم دون بيان الأسباب فإنها تظل صحيحة رغم صدور التقنين الجديد قبل الفصل في المعارضة .

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة المذكورة على تطبيقى خاص لعلم الرجعية . فقالت : « ولا يجوز ما يستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذي استحدثها » . فإذا استحدث القانون الجديد مياعدا للسقوط فإن المدة التي يقوم عليها هذا الميعاد لا يبدأ سريانا إلا من وقت نفاذ ذلك القانون . مثل ذلك أن المادة ٩١ من تقنين المرافعات الحالي استحدثت مياعدا للسقوط ، حيث قضت باختيار الدعوى كأن لم تكن إذا بقيت مشطوبة ستة شهور دون أن يطلب المدعى السير فيها . وعليه فيا النسبة إلى الدعاوى التي شطبت في ظل التقنين القديم لا يسقط حق المدعى في طلب السير فيها إلا بمضى ستة شهور من وقت نفاذ التقنين الحالي ، وليس من تاريخ شطبها .

ثانيا : الأثر المباشر للقانون الجديد : نصت المادة الأولى مرافعات في هذا الصدد

على ما يأتي : وتسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تمن
الإجراءات قبل تاريخ العمل بها

فبمقتضى مبدأ الأثر المباشر تسرى قوانين المرافعات من وقت نفاذها على الدعاوى
التي رفعت في ظل القانون القديم ولم يصدر فيها قبل هذا النفاذ حكم في الموضوع ، سواء
كان هذا الحكم نهائيا أو غير نهائي . فإذا كانت الدعوى لا تزال منظورة أمام القضاء ،
ثم صدر قانون جديد يجعلها من اختصاص محكمة أخرى غير التي تنظرها ، وجب أن
تحال إلى تلك المحكمة الأخرى التي أصبحت مختصة . وإذا صدر قانون جديد يعدل
في الإجراءات التي تتبع في الدعوى فإنه يسرى على كل إجراء لم يتم قبل نفاذه .

غير أن الشارع بعد أن قرر مبدأ الأثر المباشر على هذا النحو في صدر المادة
المذكورة ، أورد عليه الاستثناءات الثلاثة الآتية ، حيث أخذ فيها بالأثر المستمر
للقانون القديم :

(١) والقوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقبال باب المرافعة
في الدعوى . فإذا رفعت دعوى أمام المحكمة المختصة ، وأخذت المحكمة في نظرها إلى
أن قفلت باب المرافعة فيها تمهيدا لإصدار الحكم ، ثم صدر قانون جديد يجعلها من
اختصاص محكمة أخرى ، فإن المحكمة التي كانت تنظرها تستمر ولايتها رغم ذلك
فصدر الحكم فيها (١) . وعلة هذا الاستثناء أن المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم
تقتضيان ألا ينظر من جديد في نزاع تم بحته وأصبح صالحا للفصل فيه .

(٢) والقوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها .
فإذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات ، سواء كان ميعادا للظن كالظن بالمعارضة أو
الاستئناف أو كان ميعاد سقوط ، ثم صدر قبل تمامه قانون جديد يعدل منه بأن يطيله
أو يقصره ، فلا يسرى عليه القانون الجديد ، بل يظل خاضعا للقانون القديم الذي بدأ

(١) ونفرض في هذا ألا يكون للقانون الجديد نهائي الحكم التي تنظر الدعوى . فإذا أُنيت
عند المحكمة فلا ينطبق حكم الاستثناء ، إذ أن الإنهاء يتحقق فور نفاذ القانون الجديد ، فتنقل الدعوى
على كانت منظورة أمامها إلى المحكمة التي حل محلها هذا القانون .

في ظله إلى أن ينتهى وفقا لحكمه . وهذا الحل يخالف ما أخذ به الشارع في التقنين المدنى فيما يتعلق بمدد التقادم ، وذلك رغبة في تبسيط طريقة حساب المواعيد .

(٣) « القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت ملغية أو منقشة لطريق من تلك الطرق » : فإذا صدر قانون يلغى طريقا للطعن كان مفررا من قبل ، أو ينشئ طريقا لم يكن مقررا من قبل ، فلا يسرى هذا القانون على الأحكام التى صدرت قبل نفاذه : ومن ثم إذا صدر حكم فى ظل قانون يميز الطعن فيه مثلا بالاستئناف ، ثم جاء قانون جديد يجعله غير قابل للاستئناف ، فلا يسرى هذا القانون الجديد ، بل يبقى الحكم قابلا للاستئناف وفقا للقانون الذى صدر فى ظله . وكذلك يكون الحل فى الصورة العكسية .

غير أنه يلاحظ أننا لا نكون بصدد استثناء حقيقى فى هذا المقام إلا إذا كان الحكم الصادر قبل نفاذ القانون الجديد غير نهائى : حيث يتعلق الأمر فى هذه الحالة بمركز قانونى لم يتم تكوينه بعد ، فيكون استمرار سريان القانون القديم عليه استثناء من مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد . أما إذا كان الحكم قد أصبح نهائيا قبل نفاذه القانون الجديد ، فإن عدم سريان هذا القانون عليه لا يكون من قبيل الاستثناء ، بل يعتبر تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية . إذ تكون فى هذه الحالة بصدد مركز قانونى تم تكوينه فى ظل القانون القديم .

١٨٢ - قوانين العقوبات :

رأينا أن مبدأ عدم الرجعية يقيد القاضى ولا يقيد الشارع : غير أن سلطة الشارع الخارج على هذا المبدأ تقتصر على المواد غير الجنائية .

فالقاعدة هى عدم رجعية قوانين العقوبات ، وهى القوانين التى تبين الجرائم والعقوبات المقررة لها . وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد ، بحيث لا يجوز مطلقة أن يصدر قانون يعاقب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها . وقد رأينا أن الدستور

ينص على هذه القاعدة (م٢٥ و١٦٤) : كما نصت عليها المادة الخامسة من تقنين العقوبات
قالت : « يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها » (١) :

غير أن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة فيما يتعلق بقوانين العقوبات الأصلح
للمتهم ، وهو استثناء لا يناق الحرية الفردية ، إذ أن مصلحة الجماعة لا تدعو إلى مؤاخذه
الشخص عن فعل أصبح مباحا أو معاقبه بقوة أشد مما يستحقه الفعل المنسوب إليه .

وقد نص تقنين العقوبات على هذا الاستثناء ؛ فيعد أن وضع الشارع القاعدة
العامّة المذكورة في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من هذا التقنين ، أورد في الفقرتين
الثانية والثالثة مضمون هذا الاستثناء ؛ ثم استبعد في الفقرة الرابعة قوانين العقوبات
المؤقتة من حكم الاستثناء ؛ ولها نتكلم في قوانين العقوبات الأصلح للمتهم ، ثم في
قوانين العقوبات المؤقتة .

أولا : قوانين العقوبات الأصلح للمتهم : نصت المادة ٣٥٢/٥ عقوبات على حكم
سريان هذه القوانين في الزمان فقالت : « ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم
فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم إلهو الذى يتبع دون غيره — وإذا صدر قانون بعد حكم
نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه بوقف تنفيذ الحكم
وتنتهى آثاره الجنائية » :

فقوانين العقوبات الأصلح للمتهم هى التى تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة .
وليبيان مدى سريانها على الماضى لصالح المتهم نجب التفرقة بين الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى إذا صدر قانون جديد يمحو الجريمة ، أى يجعل الفعل الذى ارتكبه
المتهم مباحا فلا يعاقب عليه بعد أن كان معتبرا جريمة . وفى هذه الحالة يسرى القانون
الجديد بأثر رجعى ، فيستفيد منه المتهم ، لا فرق فى ذلك بين أن يكون هذا القانون
قد أصبح نافذا قبل صدور حكم نهائى ضد المتهم أو بعد صدور الحكم . فإذا لم يكن
قد صدر حكم نهائى تحكم المحكمة بالبراءة . وإذا كان قد صدر حكم نهائى يقف تنفيذ

الحكم وتنتهى آثاره الجنائية ، إذ أن تطبيق القانون الجديد حينئذ لا يقتضى إصدار حكم جديد ، ومن ثم لا يعارض هذا التطبيق مع حجية الأمر المقضى :

والحالة الثانية إذا صدر قانون جديد يخفف العقوبة التى كانت مقررة للجريمة فى القانون القديم . وفى هذه الحالة تفرق بين فرضين :

الفرض الأول أن يصبح القانون الجديد نافذا قبل صدور حكم نهائى ضد المتهم ، أى قبل صدور حكم لم يعد قابلا للطعن فيه . وحينئذ يسرى القانون الجديد بأثر رجعى ، فيستفيد منه المتهم ، حيث تحكم المحكمة بالعقوبة المخففة :

والفرض الثانى أن يصبح القانون الجديد نافذا بعد صدور حكم نهائى ضد المتهم . وحينئذ لا يسرى القانون الجديد ، فلا يستفيد المتهم من تخفيف العقوبة ، إذ أن التخفيف عن المتهم فى هذا الفرض طبقا للقانون الجديد يتطلب حكما جديدا يقرر هذا التخفيف ، وهو أمر لم يعد جائزا لأنه يعارض مع حجية الأمر المقضى .

ثانيا : قوانين العقوبات المؤقتة : نصت المادة ٥ / ٤ عقوبات فى خصوص هذه القوانين على ما يأتى : « غير أنه فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفا لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها » :

فلاستثناء الخاص بالقوانين الأصلح للمتهم لا يسرى حكمه بالنسبة إلى قوانين العقوبات المؤقتة . ويراد بهذه القوانين تلك التى ينص فيها على سريانها مدة محددة ، بحيث تلقى ضمينا بانقضاء هذه المدة بغير حاجة إلى صدور قانون بالغائها . كأن يصدر قانون يفرض حدا أقصى لأسعار بعض السلع ، ويقرر عقوبات توقع على من يخالفه ، ويحدد تاريخا معينا ينتهى فيه العمل به .

فإذا وقعت جريمة طبقا لأحكام قانون مؤقت ، ثم انتهت الفترة المحددة للعمل به ، فأصبح الفعل مباحا أو صدر قانون آخر يخفف العقوبة التى كانت مقررة له ، فلا يستفيد المتهم من ذلك ، بل يطبق عليه القانون الذى ارتكبت الجريمة تحت سلطانه . وذلك بشرط أن يكون إنتهاء الفترة المحددة لسريان القانون بعد قيام إجراءات الدعوى

ضد المتهم . لا فارق في هذا بين أن يكون قد صدر حكم نهائي ضد المتهم أو لم يكن قد صدر حكم ، إذ في الحالة الأولى ينفذ الحكم ، وفي الحالة الثانية يستمر السير في الدعوى . وهناك رأى يذهب إلى أن القوانين المؤقتة في حكم هذا النص لا تقتصر على القوانين التي ينص فيها على سريانها فترة محددة ، بل تشمل كذلك القوانين الاستثنائية التي تصدر في حالة الطوارئ ولو لم يكن منصوصاً فيها على مدة معينة لسريانها ، كالأوامر العسكرية التي تصدر أثناء قيام الأحكام العرفية ، حيث يكون سريانها رهيناً بالظروف الاستثنائية المؤقتة التي صدرت فيها . ولكن محكمة النقض لا تأخذ بهذا الرأي ، بل تقصر الحكم على القوانين المؤقتة التي ينص فيها على سريانها مدة محددة (١) . والعلة في عدم إجراء حكم الاستثناء على القوانين المؤقتة أنه ليس من المقبول أن يستفيد المتهم من مضي المدة التي يحددها القانون لسريانها .

الفصل الثاني

تفسير القانون

١٨٣ - معنى التفسير وتحديد مجاز :

التفسير هو التعرف من ألفاظ النص أو فحواه على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية بحيث تتضح منه حدود الحالة الواقعية التي وضعت القاعدة من أجلها .

ويبدو من هذا أن التفسير لا يرد إلا على المصطلح الذي يأتي باللفظ والمعنى معا . فهو يتناول القواعد التشريعية ، لأن هذه القواعد تأتي في نصوص مكتوبة صادرة في صورة رسمية من السلطة المختصة . كما يتناول القواعد الدينية الواردة في الكتب السماوية كالقرآن ، أو في أحاديث الرسل ، لأن هذه القواعد تكون في أحاديث مكتوبة . أما القواعد العرفية فلنما لا يرد في ألفاظ محددة . فإذا أريد تطبيقها وجب لذلك

(١) نقض جنائي في ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة لقواعد القانونية ج ٧ ص ٦٣ رقم ٦٩ .

(٦ - أصول القانون)

تبقى وجودها ، وهذا التصريح يؤدي بطبيعة الحال إلى الوقوف على معناها . وبذلك فإن الضرر عن وجود القاعدة العرفية يتضمن في الوقت ذاته التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه ، فلا يبقى بعد ذلك ثمة مجال للتفسير .

وليس هنا مجال للبحث في تفسير القواعد الدينية ، إذ أن تفسير هذه القواعد يخضع لأصول معينة تختص بها الدراسات الدينية ، ومن ثم يقتصر بحثنا في هذا المقام على تفسير القواعد التشريعية .

١٨٤ - أنواع التفسير :

التفسير ، بحسب الجهة التي تقوم به ، على أنواع ثلاثة ، هي التفسير التشريعي والتفسير الفقهي والتفسير القضائي .

فالتفسير التشريعي يتولاه الشارع نفسه ، ولذلك يتميز بطابع خاص يخالف المؤلف في التفسير ، حيث تكون له قوة القانون : ولذلك نفرد له فرعاً خاصاً : أما التفسير الفقهي فيقوم به الفقه ، والتفسير القضائي يقوم به القضاء ، وهما يتفقان في الأسس ، ولا يختلفان إلا من حيث الظروف التي يصدر فيها كل منهما . ولذلك نعرض لهما معاً :

الفرع الأول

التفسير التشريعي

١٨٥ - معنى التفسير التشريعي والسلطة التي تحرم به :

التفسير التشريعي هو الذي يتولاه الشارع . فقد يثور خلاف حول حقيقة الحكم الذي يتضمنه تشريع معين ، أو نقض الحاكم بما يخالف المعنى الذي قصده الشارع من هذا الحكم : وفي هذه الحالة أو تلك قد يرى الشارع التدخل لبيان المعنى المقصود من التشريع .

والأصل أن يصدر التفسير التشريعي من السلطة ذاتها التي وضعت التشريع المراد

تفسيره . غير أن الضرورات العملية قد تقتضى أن تفوض السلطة التى وضعت التشريع سلطة أخرى فى القيام بهذا التفسير .

ومن أمثلة التفسير التشريعى المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى صدر تفسيراً لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ الخاص بفرض سعر إلزائى للعملة الورقية . فقد قرر هذا المرسوم الأخير بطلان شرط الدفع بالذهب ، وجاءت صيغته فى هذا المعنى مطلقة : ولكن المحاكم المختلطة فسرت به بأن المقصود هو بطلان شرط الدفع بالذهب فى المعاملات الداخلية دون المعاملات الدولية . فتدخل الشارع بمرسوم سنة ١٩٣٥ ، حيث أوضح أن بطلان شرط الدفع بالذهب المنصوص عليه فى مرسوم سنة ١٩١٤ لا يقتصر على المعاملات الداخلية ، بل يشمل كذلك المعاملات الدولية :

ومن أمثلة التفسير التشريعى الذى يصدر من سلطة غير التى وضعت التشريع المراد تفسيره ، التفسيرات التشريعية التى يصدرها مجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى لتفسير أحكام قانون الإصلاح الزراعى بمقتضى التفويض الوارد فى هذا القانون : فقد نصت المادة ١٢ مكررة من هذا القانون على أن « لمجلس إدارة الهيئة العامة للإصلاح الزراعى تفسير أحكام هذا القانون ، وتعتبر قراراته فى هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً ، وتنفذ فى الجريدة الرسمية » :

١٨٦ - مدى القوة الملزمة للتفسير التشريعى :

يعتبر التفسير التشريعى جزءاً متماً للتشريع المراد تفسيره . ولهذا رأينا أنه يسرى على الوقائع التى حصلت قبل صدوره مادام أنها قد حدثت فى ظل التشريع المراد تفسيره . ومن ثم تكون له ذات القوة الملزمة التى للتشريع المراد تفسيره ، فيقتيد به القاضي عند تطبيق هذا التشريع .

غير أنه يحتمل أن تتجاوز السلطة التى تتولى التفسير التشريعى نطاق التفسير ، فتضع قواعد جديدة تحت ستار هذا التفسير : وهذا يقتضى التفرقة بين حالتين :

الأولى ، إذا صدر التفسير التشريعى من سلطة تملك تعديل التشريع المراد تفسيره ، وحيتل يكون التفسير ملزماً ، حتى لو جاء متضمناً لقواعد جديدة ، بحيث

ينطوى على تعديل التشريع المراد تفسيره ، إذ أن السلطة التي أصلته تملك هذا التعديل :

والثانية ، إذا صدر التفسير التشريعي من سلطة قامت به بمقتضى تفويض من السلطة المختصة بوضع التشريع المراد تفسيره : وحينئذ يجب على السلطة المفوضة أن تراعى الغرض المقصود من المهمة الموكولة إليها ، بحيث يكون ما يصدر عنها من قبيل التفسير الذى تحمله النصوص المراد تفسيرها . فإن تجاوزت ذلك النطاق ، بحيث يعتبر ما يصدر عنها فى حقيقته تعديلا للأحكام الواردة فى هذه النصوص ، فلا يكون لما أصلته قوة ملزمة ، ويستطيع القاضى أن يمتنع عن تطبيقه بمقتضى ماله من حق الرقابة على صحة التشريعات .

الفرع الثانى

التفسير الفقهى والتفسير القضائى

١٨٧ - مقارنة بين التفسير الفقهى والتفسير القضائى :

يقصد بالتفسير الفقهى ذلك الذى يقوم به الفقهاء عند دراستهم للقانون ، ويقصد بالتفسير القضائى ذلك الذى يتولاه القضاة حين يطبقون القانون على ما يرفع إليهم من أفضية . والتفسير بتوحيه هذين هو الذى يقصد من لفظ التفسير إذا أطلق ، وهو الذى يتناوله البحث فى مذاهب التفسير وطرقه .

ويتفق هذان النوعان من التفسير سواء فيما يتعلق بالمذهب الذى يعتنقه المفسر أو الطرق التى يسلكها فى التفسير . فهما لا يختلفان إلا فى الظروف التى يصدر فيها كل منهما . ذلك أن القضاة يفسرون القانون لتبين الحكم الذى يطبقونه على المنازعات المعروضة عليهم ، فهم يتأثرون فى ذلك بالظروف الواقعية التى تحيط بهذه المنازعات ، ويدخلون فى حسابهم ما يؤدى إليه الحل الذى يرونه من نتائج عملية . أما الفقهاء فهم يفسرون القانون بطريقة مجردة ، دون أن تكون تحت نظرهم حالات واقعية يراد

الفصل فيها ، فلا ينظرون فيما يرونه إلى ما يترتب عليه من نتائج عملية ، ولهذا يغلب على تفسيرهم الطابع النظرى .

على أن هذا لا يعنى انعدام الصلة بين الفقه والقضاء . فهناك تعاون وثيق يقوم بينهما فى تفسير القانون ، وهو تعاون تفرضه طبيعة الأشياء : حيث يستفيد كل منهما من عمل الآخر : فالفقيه ينير الطريق أمام القاضى ، وهذا يزود الفقيه بصور عملية لم تخطر له ، وبذلك يجمع التفسير فى الناحيتين بين الأصول النظرية والاعتبارات العملية : وكثيراً ما يحمل أحدهما الآخر على العدول عن رأيه .
وستعرض فيما يلى للمذاهب العامة فى التفسير ، ثم لطرق التفسير :

المبحث الأول

مذاهب التفسير

١٨٨ - عمود مذاهب التفسير :

اختلفت مذاهب التفسير باختلاف النظرة إلى حقيقة الدور الذى يقوم به الشارع فى وضع القواعد القانونية . فقد أدى هذا الاختلاف إلى تبين وجهات النظر فيما يجب البحث عنه عند التفسير لتحديد المعنى المقصود من النص :
حيث ظهرت مدارس فى هذا الصدد ، أهمها مدرسة الشراح على المتون والمدرسة التاريخية والمدرسة العلمية : وستعرض لهذه المدارس ، ثم تبين ما يؤخذ به منها فى تفسير القانون المصرى :

المطلب الأول

مدرسة الشرح على المتون

١٨٩ - مذهب مدرسة الشرح على المتون :

ظهرت مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص عقب وضع التقنينات الفرنسية في بداية القرن التاسع عشر . فقد ظفرت هذه التقنينات بقدر كبير من التقدير باعتبارها أول عمل تشريعي ضخم من نوعه ظهر في العصر الحديث ، حتى ساد الاعتقاد حينذاك أنها أحاطت بكل شيء . فأدى هذا إلى ظهور تلك المدرسة التي بالغ فقهاؤها في تقليد النص ، حتى جروا على شرحها نصاً نصاً بحسب الترتيب الذي وردت به في التقنين ، وبذلك عرفت باسم مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص :

ويصلو مذهب هذه المدرسة عن فكرتها في أصل القانون وتكوينه : فهي رد القانون إلى مشيئة الشارع ، وبذلك تعتبر التشريع هو المصدر الوحيد للقانون . وبناء على ذلك يذهب فقهاؤها إلى أن التفسير يجب أن يتجه أولاً إلى التعرف على إرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النصوص . ويستدل على هذه الإرادة من ألفاظ النص مع أعمال قواعد اللغة والمنطق . وإذا كان النص غامضاً وجب استجلاء هذه الإرادة بتقريب النصوص بعضها من البعض الآخر ، وكذلك الاستعانة بعناصر خارجية كحكمة التشريع والأعمال التحضيرية للنص ومصادره التاريخية :

فإذا لم توجد إرادة حقيقية للشارع في خصوص مسألة معينة ، نظرا إلى علم وجود نص ينطبق مباشرة على هذه المسألة ، وجب الإلتجاء إلى إرادة الشارع المفترضة . ويراد بهذه الإرادة تلك التي يفترضها المفسر لدى الشارع لو أنه عرض لتلك المسألة ، وذلك في ضوء ممالك الشارع في النصوص الموجودة بالنسبة إلى المسائل الأخرى .

تفسير النصوص في فقه هذه المدرسة هو البحث عن إرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة وقت وضع النصوص ، حتى لو تغيّرت الظروف الاجتماعية تغيراً كبيراً

وقت تطبيق النصوص عما كانت عليه وقت وضعها . إذ بهذا يتحقق التحكم ويتحقق الاستقرار والثبات ، فإذا تغيرت ظروف المجتمع كان الأول أن يعدل التشريع ، لأن يقوم المفسر مقام الشارع :

١٩٠ - قدم مدرسة الشرع على المدرسة :

تعرض مذهب مدرسة الشرع على المتون لنقد شديد . فقد أدت نظرتها الشكلية إلى القانون ، باعتبار التشريع هو مصدره الوحيد ، إلى التثبت بالنصوص والإسراف في استعمال طرق الاستدلال اللفظي والمنطقي ، الأمر الذي ترتب عليه الوصول إلى نتائج غير مقبولة لانتفتت مع ظروف الحياة الواقعية .

كما أن افتراضها لإرادة للشارع وقت وضع النصوص ، حيث لا توجد إرادة حقيقية ، بالنسبة إلى ما يستجد في الحياة العملية من صور جديدة جعل فقهاؤها ينسبون إلى الشارع إرادة مفتعلة في وقت بعيد رغم تغير الظروف ، وهذا من شأنه أن يطبع القانون بطابع الجمود ويقعد به عن التطور .

المطلب الثاني

المدرسة التاريخية

١٩١ - مذهب المدرسة التاريخية :

ظهرت المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في ألمانيا . ويقوم مذهبها في التفسير على أساس نظرتها إلى أصل القانون . فهي ترى أن القانون ليس من صنع إرادة واعية مدبرة ، وإنما هو خلق للبيئة وثمرة التطور ، حيث ينشأ القانون في المجتمع نتيجة تفاعل عوامل مختلفة ، ويتطور بتطور الظروف الاجتماعية ، ويكون دور الشارع عند وضع القواعد القانونية قاصرا على تسجيل ما خلقته البيئة : ومن ثم فإن القواعد التي يضعها الشارع تنفصل عن إرادة واضعها ، فتتصل بالحياة الاجتماعية وتتفاعل معها وتتطور بتطور

ظروفها . وبناء على ذلك لا ينبغي أن تفسر النصوص التشريعية وفقا لإرادة الشارع الحقيقية أو المفترضة وقت وضعها ، بل يجب أن تفسر وفقا لإرادته المحتملة ، وهي الإرادة التي كان يتجه إليها الشارع لو أنه وجد في الظروف القائمة وقت التفسير : وعلى هذا النحو يتحقق للتشريع من المرونة ما يجعله قابلا للتطور لمواجهة الظروف الاجتماعية المتغيرة .

١٩٢ - تحرير المدرسة التاريخية :

تتماز المدرسة التاريخية بما تؤدي إليه من إعطاء النصوص مرونة تجعلها صالحة لمسيرة التطور في المجتمع : ولكن يؤخذ عليها أنها تخرج بالتفسير عن معناه الصحيح ، وهو التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية . فهي تتيح لمن يتصلنى للتفسير أن يدلى برأيه الشخصي بحسب نظراته إلى الظروف القائمة في المجتمع ، وبذلك يصبح للتفسير أداة لتعديل النصوص أو خلق قواعد جديدة ، وهو ما يخرج عن مهمة المفسر : وهذا من شأنه أن يهيء المجال للتحكم ، بحيث يحول دون الثبات الواجب توافره لاستقرار التعامل .

المطلب الثالث

المدرسة العلمية

١٩٣ - مذهب المدرسة العلمية :

زعم المدرسة العلمية أو مدرسة البحث العلمي الحر هو الفقيه الفرنسي جني Geny (١) ، وقد جاءت هذه المدرسة تعارض كلا من المنهجين السابقين في إطلاقهما . فهي ترى أن التفسير يجب أن يتجه إلى التعرف على إرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النص ،

(١) لهذا الفقيه كتاب من جزم في طرق تفسير القانون الخاص الرسمى ومصادره .

وذلك على اعتبار أن التشريع عمل قامت به إرادة واعية تهدف إلى تحقيق غاية معينة ، فلا ينظر إلى الإرادة المحتملة التي قد يتجه إليها لو أنه وجد في الظروف القائمة وقت التفسير كما تقول المدرسة التاريخية . فإذا لم توجد إرادة حقيقية للشارع في خصوص مسألة معينة ، نظرا إلى عدم وجود نص يتناول هذه المسألة ، وجب أن يتلمس المفسر القاعدة التي ينشدها في المصادر الرسمية الأخرى ، فلا يلجأ إلى إرادة مفترضة ينسبها إلى الشارع كما تقول مدرسة الشرح على المتون . فإذا لم يجد المفسر قاعدة في هذه المصادر الأخرى سلك كما يقول جني سبيل البحث العلمي الحر ، ويقصد به الرجوع إلى المصادر المادية للقانون بما تشتمل عليه من حقائق طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية كي يستلهم منها الحل الذي يطبق على تلك المسألة :

١٩٤ - تقرير المدرسة العلمية :

تميز هذه المدرسة بسلامة الأساس الذي تقوم عليه ، بحيث تبرأ من العيوب التي تؤخذ على المدرستين الأخريين : فهي تعتد بإرادة الشارع الحقيقية ، وتتجه إلى المصادر الرسمية غير التشريعية حيث لا توجد قاعدة في التشريع ، وبذلك توفر للقانون من الثبات ما ينأى به عن التحكم ويضمن الاستقرار الواجب للتعامل . فإذا لم توجد قاعدة في هذه المصادر جميعها كان لامتناع من استلهم المادة الأولية للقانون من طريق الاجتهاد :

غير أنه بلاحظ أننا يجب ألا نبالغ في الإعتداد بإرادة الشارع الحقيقية وقت وضع النص . حيث يحذر أن تأخذ في الاعتبار الفكرة التي دفعت الشارع إلى وضع النص . كما يحذر أن نطبق النص على جميع الصور التي يصدق عليها ولو كانت لم تحظر للشارع على بال : هذا إلى أن سلوك سبيل البحث العلمي الحر يجب أن يكون في ظل ضوابط معينة ، فلا يكون المفسر مطلق الحرية في الاجتهاد ، وإنما ينبغي عليه أن يراعى الروح العامة التي تسود التشريع .

المطلب الرابع

التفسير في القانون المصرى

١٩٥ - مذهب التفسير في القانون المصرى :

لا يأخذ الشارع المصرى بمذهب مدرسة الشرح على المتون فى حصر المصادر الرسمية للقانون فى التشريع وحده (١) . فقد رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدنى توجه القاضى أولا إلى تطبيق النصوص التشريعية ، فإذا لم يوجد نص تشريعى أحالته إلى مصادر القانون الأخرى . ومن ثم فلا مجال للبحث عما يسمى الإرادة المفترضة للشارع :

كذلك لا يأخذ الشارع بمذهب المدرسة التاريخية أو الإجتماعية فى تفسير النصوص وفقا لإرادة الشارع المحتملة لو أنه وجد فى الظروف القائمة وقت التفسير . فقد نصت المادة الأولى من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى على سريان النصوص التشريعية على المسائل التى تتناولها فى لفظها أو فى فحواها: حيث أثر الشارع المصرى الاعتداء بعبارة النص أو روحه بدلا من الإشارة إلى إرادة أو نية الشارع. وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى :

« ونصوص التشريع تسمى على جميع المسائل التى ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصى روح النص إما بالرجوع

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية فى هذا المنى تعليقا على الفقرة الأولى من المادة الأولى من التقنين المدنى ما يأتى : « ليس للتشريع فى حكم هذه الفقرة ذلك السلطان الجامع المانع الذى آمن به فقهاء الشرح على المتون فى مطلع القرن التاسع عشر . وإنما هو أهم مصادر القانون دون منازع ولا سيما فى ظل نظام التقنين . لذلك يخلق بالقاضى أن يلتجئ الحكم الذى يطبق على النزاع فى نصوص التشريع أولا ، (مجموعة الأعمال للجمعية للقانون المدنى ج ١ ص ١٨٧) .

إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالاته بطرق التفسير المختلفة . والاشارة إلى روح النص أو فحواه أفضل في هذا المقام من إشارة المادة ٣ من التقنين المدني الايطالى الصادر في سنة ١٩٣٨ إلى نية المشرع ، فهذه النية أمر مستتر يفترض وجوده في الغالب ، وقد لا يطابق الحقيقة في كثير من الأحيان ، وقد لا يتاح الوقوف عليه في أحيان أخرى .

فالواقع أن النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية في تحديد نطاقه ومراميه شأن يجاوز في خطره تلك النية التي تقدم ذكرها (١) .

إنما يأخذ الشارع بمنهج المدرسة العلمية مع مراعاة الاعتبارات والضوابط التي ذكرناها في تحقيقنا على هذا المنهج . ذلك أن التقييد في تطبيق النصوص التشريعية بما تؤدي إليه ألفاظها أو فحواها مقتضاه الاعتداد بإرادة الشارع الحقيقية مع مراعاة الفكرة التي دفعته إلى وضع النص . والأخذ بفحوى النص أو روحه من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق النص على صور جديدة تتوفر فيها علة الحكم ولولم تخطر على ذهن الشارع .

المبحث الثاني

طرق التفسير

١٩٦ - طرق داخلية وطرق خارجية :

يقصد بطرق التفسير الوسائل التي يتخذها المفسر لفهم المعاني التي يدل عليها النص التشريعي .

وهذه الطرق إما طرق داخلية يرجع فيها إلى النص ذاته ، أو طرق خارجية يلجأ فيها إلى عناصر خارجة عن النص :

(١) طرق التفسير الداخلية : تعتمد هذه الطرق في فهم معنى النص على الدلالة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدني للرجح السابق .

المستفادة من صيغته ، سواء كان طريق هذه الدلالة هو المنطوق اللفظي للنص ، أم كان طريقها هو المفهوم الذى يؤخذ من فحوى النص : فهى من هذا تتطلب الوقوف على مقتضى الأساليب فى اللغة العربية ، وطرق الدلالة فيها ، وماتدل عليه ألفاظها مفردة ومركبة : وقد عنى علماء أصول الفقه الإسلامى بوضع عدة قواعد أصولية لغوية استمدوها من استقرار الأساليب العربية وعباراتها ومفرداتها ، وذلك للتوصل إلى فهم الأحكام من النصوص الشرعية فهما صحيحا ، وإيضاح مافيه خفاء من هذه النصوص ، ورفع ماقد يظهر بينها من تعارض . فهى قواعد لفهم العبارات العربية فهما صحيحا . ولهذا نستعين بها فى هذا المقام بالقدر الذى يتطلبه تفسير النصوص الوضعية . إذ أنها بهذه المثابة توصل إلى فهم مواد أى قانون وضع باللغة العربية . وهذا مع ملاحظة أن المفسر للقانون الوضعى ، وهو يفسر نصوصا من وضع أناس ليسوا معصومين من الخطأ ، يتمتع بقدر من الحرية لا يتوفر لمن يفسر قواعد الشريعة الإسلامية التى تستمد من كتاب الله أو من سنة رسوله .

(٢) طرق التفسير الخارجية : تعتمد هذه الطرق فى فهم معنى النص على عناصر خارجة عنه ، وذلك حينما لا تكون صيغة النص دالة على المراد منه . وأهم هذه الطرق ما يأتى :

- ١ - حكمة التشريع : يراد بحكمة التشريع الباعث على وضع الحكم الذى يتضمنه هذا التشريع : فهى الغاية المقصودة من الحكم ، أى المصلحة التى قصد الشارع تحقيقها أو المفصلة التى قصد دفعها . وكثيرا ما يفيد الوقوف على هذه الغاية فى تعرف معنى النص إذا لم تكن ألفاظه واضحة الدلالة على معنى معين كما سئرى .
- ٢ - الأعمال التحضيرية : هذه هى مجموعة الوثائق التى تبين المراحل التى مر بها النص عند وضعه . فهى تشمل مشروع النص والمناقشات التى دارت حوله فى اللجان الفنية التى قامت بوضعه والمجالس التشريعية التى تولت إقراره : كما تشمل المذكرة الإيضاحية التى تكتب تعليقا على مشروع النص ، فتوضح معناه والحكمة المقصودة منه . وهذه كلها تدعى إلى حد كبير على فهم معنى النص والوقوف على حقيقة الحكم الذى يتضمنه : على أنه يلاحظ أن المذكرة الإيضاحية لا تلزم المفسر ، سواء كان قاضيا أو فقيها : إذ لا تعتبر جزءا من التشريع : وقد يخطئ واضعها فى إيضاح معنى النص ، فيضمنها آراء لا تتفق مع حقيقة الحكم المتبصص عليه ، كما أنها قد تصبح غير معبرة عن معنى

النص بسبب ما أدخل على مشروعه من تعديلات بعد وضعها . ولذلك يجب مراعاة الحذر في الاعتماد عليها ، بحيث تراعى إلى جانبها كل المراحل التي مر بها النص والمناقشات التي دارت في كل منها :

٣ - المصادر التاريخية : يراد بالمصدر التاريخي الأصل التاريخي الذي استقى منه انشراح الحكم المنصوص عليه : فقد يكون هذا المصدر قانون دولة أجنبية أو قضاءها أو فقهاء : وقد يكون القانون القديم في الدولة أو القضاء أو الفقه فيها : والرجوع إلى المصدر التاريخي للنص يساعد المفسر في معرفة المعنى المقصود :

ولذلك فنصوصنا المأخوذة من الشريعة الإسلامية يرجع في فهم معناها إلى الفقه الإسلامي : والنصوص المأخوذة من القانون القديم يرجع في تفسيرها إلى القضاء والفقه المصريين في ظل هذا القانون . والنصوص المأخوذة من القانون الفرنسي يستعان في الكشف عن معناها بالقضاء والفقه الفرنسيين :

٤ - لا يصح التعويل على النص الفرنسي : كانت التقنيات المصرية الأولى التي صدرت في أواخر القرن الماضي من وضع أشخاص من الأجانب ، ولذلك وضعت أولاً باللغة الفرنسية ثم ترجمت إلى اللغة العربية : وجرى العمل بعد ذلك في العهود الماضية على تباع هذه الطريقة في وضع القوانين نظراً إلى اشتراك أشخاص من الأجانب في وضعها :

وقد ثار الخلاف حينذاك حول ما إذا كان النص الذي يتبع هو النص العربي أم النص الفرنسي عند اختلافهما . فن فضل النص العربي استند إلى أنه النص الرسمي ، ومن فضل النص الفرنسي راعى أنه الأصل الذي يعتبر النص العربي ترجمة له . والواقع أن كون النص الفرنسي هو الأصل ينهض بالرجوع إليه للوقوف على المعنى المقصود من النص العربي إذا أشكل :

أما في عهدنا الأخير فلم يعد هناك وجود لمثل هذه الطريقة الشاذة في وضع القوانين : فنجد زمن غير قصير أصبحت مشروعات القوانين تعد بواسطة لجان عربية خالصة ، وصارت اللغة العربية هي الأصل : ومن ثم فإن الأصل العربي للنص هو الذي يجب التعويل عليه دون غيره في الكشف عن حقيقة المعنى المقصود : فليس من السائق قانوننا ولا عقلاً أن يضع الشارع نصاً بلغة ويتطلب من المواطنين به أن يفهموا ألفاظه وعباراته

على مقتضى أساليب وأوضاع لغة أخرى : فتمة مبدأ أسامى يعتبر من الأوليات البديية للعادلة ، وهوان القانون لا يكون حجة على الناس إذا وضع بغير لغتهم أو كان طريق فهمه غير طريق فهم اللغة التى وضع بها ، إذ أن شرط صحة التكليف بالقانون هو قدرة المخاطبين على فهمه .

١٩٧ - الروايات :

الدلالات هى ما تؤديه الألفاظ من معان . وهذه الدلالات تختلف طرقها ، وقد نصت المادة الأولى من التفتين المدنى فى فقرتها الأولى فى هذا الصدد على ما بأتى :
« تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها » :

ذلك أن الحكم الوارد فى النص قد تدل عليه ألفاظه أى عبارته ، وقد يدل عليه فحواه أى روحه ومعنوه .

ومقتضى هذا أن تفسير النص أو فهم معناه إما أن يكون طريقه عبارة النص أو إشارته أو دلالة أو اقتضائه . وكل ما يفهم من النص من المعانى بأى طريق من هذه الطرق يكون من مدلولات النص ويجب العمل به . إذ أن المكلف بنص قانونى يجب عليه أن يعمل بكل ما يدل عليه هذا النص بأى طريق من طرق الدلالة ، بحيث إذا اقتصر على العمل بمدلول النص من طريق وأهل العمل بمدلوله من طريق آخر فقد يعطل النص من بعض الوجوه . وقد رأينا أن المذكرة الإيضاحية نقول فى هذا المعنى تعليقا على الفقرة الأولى من المادة الأولى من التفتين المدنى إن « نصوص التشريع تسرى على جميع المسائل التى ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصى روح النص إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعماله التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالاته بطرق التفسير المختلفة (١) »

وعليه فالحكم المستفاد من النص قد يكون ثابتا من عبارته أى ألفاظه ، وقد يكون ثابتا من فحواه أى إشارته أو دلالاته أو اقتضائه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، المرجع السابق .

ومن هذا نتكلم في دلالة عبارة النص ، ثم في دلالة فحوى النص .

المطلب الأول

دلالة عبارة النص

١٩٨ - تعريف - تنوع النص باعتبار مدى وضوح دلالة العبارة :

عبارة النص هي صيغته المكونة من ألفاظه أى من مفرداته وجملة . ودلالة عبارة النص هي دلالة النص على المعنى الذى يتبادر فهمه من صيغته ويكون هو المقصود من سياقه . ويطلق على هذا المعنى الذى تدل عليه عبارة النص المعنى الخفى للنص ، أو المعنى الصريح ، أو منطوق النص :

ومن أمثلة ذلك ما يدل عليه نص المادة ١٠٥ مدنى إذ تقول : « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل » : فهذا النص يدل على أن الأصيل هو المتعاقد الذى تضاف إليه آثار عقد يبرمه النائب في حدود النيابة . وهذا الحكم هو المعنى المفهوم من عبارة النص والمقصود من سياقه :

وما تنص عليه المادة ١/١٤٠ مدنى إذ تقول : « يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات » . فيفهم من عبارة هذا النص أن الحق في إبطال العقد لا يجوز التمسك به بعد مضي ثلاث سنوات ، لأن هذا هو المتبادر من ألفاظه والمقصود من سياقه .

ويتنوع النص التشريعى باعتبار مدى وضوح دلالة العبارة على المراد منه . فهو إما أن يكون واضح الدلالة على المراد منه ، أو يكون غامضا بمعنى أن يكون غير واضح الدلالة على المراد منه ، أو يكون معيبا . وتتكلم في هذه الحالات الثلاث :

١٩٩ - أولا : النص الواضح الدلالة :

النص الواضح الدلالة هو ما دل على المراد منه بذات صيغته مع غير توقف على أمر خارجي .

وتفاوت مراتب الوضوح في دلالة العبارة على أساس احتمال التأويل وعدم احتمالها (١) والتأويل في اصطلاح الأصوليين هو صرف اللفظ عن ظاهره بدليل . إذ القاعدة أنه إذا كان النص واضح الدلالة وجب العمل بما هو واضح الدلالة عليه ، ولا يصح تأويل ما يحتمل التأويل منه إلا بدليل .

(١) والنص الذي لا يحتمل التأويل هو ما دل بذاته على معناه المفصل تفصيلا لا يبق معه احتمال للتأويل . فمثل هذا المعنى يجب العمل به كما فصل دون غيره :

من ذلك أن تكون الصيغة دالة بذاتها دلالة واضحة على معنى مفصل وفيها ما ينفي احتمال إرادة غير هذا المعنى . كما هي الحال في النصوص التي تصاغ عن طريق إحلال السك على الكيف ، وذلك بالتعبير برقم معين أو بنسبة معينة عن المعنى الذي يتضمنه

(١) قسم علماء أصول الفقه الإسلامي للنص الواضح الدلالة بحسب مراتب وضوحه إلى أربعة أقسام : فالحكم أوضح النصوص دلالة ، يليه المفسر ، ثم النص ، ثم الظاهر . وتظهر ثمرة هذا التفاوت عند المناظر ، حيث يقدم الأسبق في المرتبة . ويتفق الحكم والمفسر في أن كلا منهما يدل بذات صيغته على معناه من غير توقف على أمر خارجي ولا يقبل التأويل . وإنما يختلفان في أن الحكم لا يقبل النسخ في عهد الرسول ، لأن الحكم المستفاد منه إما حكم أساسي من قواعد الدين لا يقبل التبدل كعبادة الله وحده والإيمان برسله وكتبه ، أو من أمهات الفضائل التي لا تختلف باختلاف الأحوال كبر الوالدين والعدل ، أو حكم قرعي جزئي . ولكن دل الشارح على تأييد تشريعه كقوله صلى الله عليه وسلم : الجهاد حاضر إلى يوم القيامة . بينما المفسر يقبل النسخ في عهد الرسول . أما بعد عهد الرسول فلا فارق بينهما ، حيث تعتبر الأحكام الشرعية التي جاءت في القرآن والسنة كلها محكمة لا تقبل نسخا . ويتفق النص والظاهر في أن كلا منهما يدل بذات صيغته على معناه من غير توقف على أمر خارجي ، ويقبل التأويل ، كما يقبل النسخ متى كان من الأحكام الشرعية الجزئية التي تتغير بتغير المصالح وتقبل النسخ . ولكلها يختلفان في أن اللفظ في النص يدل على المعنى المقصود أصالة من سياقه ، أما اللفظ في الظاهر فإنه يدل على معنى لم يقصد أصالة من السياق .

جوهر القاعدة القانونية . مثل ذلك ماتنص عليه المادة ٢/٤٤ مدني، إذ تقول : « من الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » . فهذا النص يدل على أن الشخص يصبح رشيدا إذا بلغ سن الحادية والعشرين . وهذا العدد من السنين لا يحتمل زيادة ولا نقصا . وما تنص عليه المادة ١/٨٥٤ مدني إذ تقول : « يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس » . فهذا النص يدل على أن للمتقاسم أن يطلب نقض القسمة الاتفاقية إذا لحقه غبن يزيد على خمس النصيب الذي كان يستحقه : ونسبة الخمس هذه لا تحتمل التأويل . ومن هذا القبيل أيضا النصوص الخاصة بتحديد سعر الفائدة ، أو مدد التقادم ، أو العقوبات على جرائم معينة .

ومن ذلك أن تكون الصيغة قد وردت بحملة غير مفصلة ولكن الشارع ألحقها ببيان أزال إجمالها وفصل معناها حتى صارت لا تحتمل التأويل : مثل ذلك ماتنص عليه المادة ١/٢٧ مدني إذ تقول : « ١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعضها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس . ٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » . في الفقرة الأولى من هذه المادة وصف الشارع الرهبة التي يقوم عليها الإكراه بأنها التي تقوم على أساس ، وهذا وصف يجمل فصل الشارع المعنى المقصود منه في الفقرة الثانية على النحو المذكور بحيث أصبح لا يحتمل التأويل . وما تنص عليه المادة ١/٢٣٨ مدني ، إذ تقول : « إذا كان تصرف المدين يعرض لهدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش » . ويكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو علم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر » . فلكي يستطيع الدائن أن يطلب هدم نفاذ التصرف يعرض الذي يصدر من المدين إضرارا به اشترط الشارع في صدر هذا النص أن يكون هذا التصرف منطويا على غش وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ثم فصل بعد ذلك (١٧ - أصول القانون)

ما يقصد بالغش في هذا المقام ، حيث أبان أنه العلم بأعصار المدين . وما تنص عليه المادة ٧٨٤ مدني ، إذ تقول : « ١ - تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات . ٢ - ويقصد بالضمان في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة ، وكل تأمين تقرر بحكم القانون » . فقد ذكر الشارع لفظ الضمانات في الفقرة الأولى من هذه المادة ، ثم فصل المعنى المقصود من هذه الضمانات في الفقرة الثانية . (٢) والنص الذي يحتمل التأويل هو ما دل بذاته على معنى معين وليس فيه ما يفتي احتمال التأويل . وفي هذه الحالة يجب العمل بالمعنى الظاهر من النص ما لم يقدم دليل يقتضي العمل بغير هذا المعنى . إذ القاعدة عدم صرف اللفظ عن ظاهره إلا إذا اقتضى ذلك دليل :

ومن وجوه التأويل تخصيص العام : فإذا ورد في النص لفظ عام دل ذلك على ثبوت الحكم المنصوص عليه لكل ما يصدق عليه من الحالات ، إلا إذا قام دليل على تخصيص الحكم ببعضها فإذا لم يقدم دليل على التخصيص وجب حمل اللفظ على عومه وإثبات الحكم لجميع ما يصدق عليه من الحالات . وإن قام دليل على التخصيص وجب حمل اللفظ على ما بقى من حالاته بعد التخصيص .

مثل ذلك ما تنص عليه المادة ١٣١ مدني ، إذ تقول : « ١ - يجوز أن يكون خلع الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان يرضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها القانون » : فالقاعدة العامة بمقتضى الفقرة الأولى من هذه المادة ، هي جواز التعامل في المال المستقبلي . غير أن هذا الحكم العام يجري تخصيصه ، أي ترد عليه استثناءات ، بمقتضى الفقرة الثانية من هذه المادة وبمقتضى نصوص أخرى ، فاستثناء من هذا الحكم يكون التعامل في التركة المستقبلية باطلاً إلا في الأحوال التي نص عليها القانون (م ١٣١ / ٢ مدني) ، وتقع هبة الأموال المستقبلية باطلة (م ٤٩٢ مدني) ، ويقع باطلاً رهن المال المستقبلي (م ١٠٣٣ / ٢ مدني) .

ومثل ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة ٥٠٤ مدني ، إذ تقول : « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر يقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يمكنه الالتزام ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » : فالقاعدة العامة

المنصوص عليها في صدر هذه المادة تقضى بأن الملكية أو أى حق عيني آخر تنتقل بمجرد التعاقد. غير أن هذا الحكم العام يجرى تخصيصه بمقتضى العبارة الأخيرة من النص، حيث لا تنتقل الملكية أو أى حق عيني آخر في العقار إلا بالتسجيل، ومن ثم لا يصدق الحكم العام إلا بالنسبة إلى المنقول :

ويلاحظ أن تخصيص العام ينطوى في الوقت ذاته على إلغاء جزئى للقاعدة العامة بقدر ما جاءت به القاعدة الخاصة. حيث يستوى في اعتقادنا، سواء فيما يتعلق بتخصيص العام أو بالإلغاء الجزئى، أن تصدر هاتان القاعدتان في وقت واحد أو تكونا متعاقبتين (١)؛ وقد سبق أن أشرنا إلى هذا المعنى عند الكلام في الإلغاء الضمنى (٢).

ومن وجوه التأويل كذلك تقييد المطلق : فإذا ورد في النص لفظ مطلق ظل يفهم على إطلاقه إلا إذا قام الدليل على تقييده. فإن قام هذا الدليل كان صارفا له عن إطلاقه ومبينا المراد منه :

مثل ذلك قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » : فقد جاءت الوصية مطلقة، ولكنها قيدت بالحديث الذى دل على أن الوصية لا تنفذ في أكثر من الثالث، فصار المراد في الآية الوصية التي في حدود ثلث التركة :

وهذا هو مانص عليه الشارع الوضعى : حيث نصت المادة ٨٩٨ مدنى على ما يأتى :
« يتولى المصنى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف » : فقد جاءت الوصايا في هذا النص مطلقة، ولكنها قيدت بمقتضى المادة ٣٧ من قانون الوصية التي تقضى بأن الوصية لا تنفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أجازها الورثة، فصار المراد في المادة الأولى الوصايا التي في حدود ثلث التركة.

(١) أما في اصطلاح الأصوليين من رجال الفقه الإسلامى فإن تخصيص العام هو تبين أن الحكم العام هو من يده تشريعه حكم لبعض أفراد. فإذا شرع الحكم العام ابتداء مطلقا بكل أفراد، ثم قصت المصلحة بقصر الحكم على بعض أفراد. كان هذا نسخا جزئيا لأنه إبطال العمل بحكم العام بالنسبة إلى بعض أفراد. ومن هذا ينهون إلى أن التخصيص لا بد أن يكون بدليل مقارن لتشريع العام، فإذا كان متاخرا عنه فهو نسخ جزئى له.

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٧٢.

٢٠٠ - ثانياً : النص انفاض :

النص النفاض هو النص غير الواضح للدلالة ، فهو مالا يدل على المراد منه بذات صيغته ، بل يتوقف فهم هذا المراد على أمر خارجي ، أي أمر خارج عن صيرته . وفي هذه الحالة يلجأ إلى طرق التفسير المختلفة للوقوف على المعنى المقصود من النص .
ويتقسم النص غير الواضح للدلالة بحسب سبب غموضه إلى خفي ، ومشكل ، ومجمل (١) . وستناول هذه الأنواع الثلاثة :

(١) الخفي : هو اللفظ الذي يدل على معناه دلالة ظاهرة ، ولكن في انطباق معناه على بعض الأفراد نوع غموض وخفاء تحتاج إزالته إلى نظر وتأمل ، فيعتبر اللفظ خفياً بالنسبة إلى هذا البعض :

مثل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث القاتل » : فمعنى هذا النص واضح ، لكن في انطباقه على بعض الأفراد نوع غموض ، كالقاتل خطأ . ولذلك اختلفت أئمة الفقه الإسلامي ، فالحنفية يعتبرون القاتل خطأ قاتلاً في حكم هذا النص فيمتنعونه من الميراث ، بينما لا يعتبره المالكية كذلك فلا يمتنعونه من الميراث . وقد أخذ قانون المواريث في هذا الشأن بمذهب مالك (٢) ، فلم يعتبر القتل انطلاً مانعاً من الإرث ، حيث صرح في المادة الخامسة منه بأن القتل المانع من الإرث هو القتل العمد . وهذا الحل هو الذي يتفق مع حلة الحكم .

ومثل ذلك أيضاً خفاء لفظ المنقول عند تطبيقه على التيار الكهربائي لمعرفة ما إذا كان من يختلس هذا التيار يعتبر سارقاً . فقد عرفت المادة ٣١١ عقوبات السارق بأنه

(١) قسم علماء أصول الفقه الإسلامي النص غير الواضح للدلالة بحسب سبب غموضه إلى خفي ، ومشكل ، ومجمل ، ومتشابه . ويراد بالمتشابه اللفظ الذي لا تدل صيغته على المراد منه ، ولا توجد عناصر خارجية تبيحه ، وإنما استأثر الشارع بطله فلم يفسره . فهو لفظ خفي معناه ولا مهيئ إلى إدراكه . مثل ذلك الحروف المقطعة في أوائل بعض السور مثل الم ، أو حم . والمتشابه بهذا المعنى لا يوجد في الآيات والأحاديث الواردة لبيان الأحكام الشرعية ، ولذلك لم تعرض له في الفقه .
(٢) انظر للملكة التفسيرية لقانون المواريث تعليقا على المادة الخامسة منه .

من اختلس متغولا مملوكا غيره، فثار التساؤل عما إذا كان التيار الكهربائي يعتبر متغولا، وانتهت محكمة النقض إلى اعتباره كذلك ، إذ أن له قيمة مالية ويمكن ضبطه وحيازته ونقله من حيز إلى آخر . (١)

(٢) المشكل : هو اللفظ الذى لا يدل بصيغته على المراد منه ، بل لا بد مع عناصر خارجية تبين هذا المراد : فالفارق بينه وبين الخفى أن الخفاء فى الخفى ليس من ذات اللفظ ، ولكن من الاشتباه فى انطباق معناه على بعض الأفراد ، أما الخفاء فى المشكل فن ذات اللفظ .

وقد نشأ الإشكال فى النص من لفظ مشترك فيه ، وهو اللفظ الذى وضع لأكثر من معنى وليس فى صيغته دلالة على معنى معين مما وضع له : فإن كان له معنى لغوى ، وآخر اصطلاحى قانونى ، وجب حمله على معناه الاصطلاحى ، إلا إذا تبين أن المقصود هو المعنى اللغوى بأن وجد دليل يصرف اللفظ عن معناه القانونى : مثل ذلك لفظ الوفاء ، ولفظ التسجيل ، ولفظ القيد ، فهذه ألفاظ لها فى النصوص القانونية معان اصطلاحية . كذلك لفظ الزنا ، فهذا اللفظ يراد به فى اللغة كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة بغير زواج شرعى صحيح ، ويراد به فى الاصطلاح القانونى العلاقة التى يكون أحد طرفيها متزوجا، ومعنى ثم يؤخذ بمعناه الاصطلاحى إلا إذا قام الدلائل على أن المقصود به هو المعنى اللغوى : وتطبيقا لذلك يفهم الزنا بمعناه الاصطلاحى فى خصوص جريمة الزنا المنصوص عليها فى المواد من ٢٧٣ إلى ٢٧٧ عقوبات ، ويفهم بمعناه اللغوى فى خصوص إرث ولد الزنا المنصوص عليه فى المادة ٤٧ من قانون المواريث :

وإذا كان اللفظ مشتركا بين أكثر من معنى لغوى ، وليس له معنى اصطلاحى ، وجب الاجتهاد فى التفسير لتحديد المعنى المراد منه ، وذلك بالرجوع إلى أمارات تكشف عن هذا المعنى ولا سيما حكمة التشريع ومقصد الشارع : مثل ذلك أن قانون العقوبات يعتبر الليل طرفا مشددا لعقوبة السرقة التى ترتكب ليلا : فثار التساؤل عما إذا كان معنى الليل فى هذا الصدد هو الفترة بين غروب الشمس وشرورها ، أم هو الفترة التى يخيم فيها الظلام . فذهب رأى إلى أن المقصود هو المعنى الأول : بينما ذهب رأى آخر إلى

(١) تقض جئان فى ١٧ ديسمبر ١٩٤٥ ، مجموعة القواعد القانونية ج٢ ص ٢٩٨ رقم ٢٤٤ .

أن المقصود هو المعنى الثاني ، وذلك استنادا إلى حكمة التشريع ، وهى أن الليل يجعل السرقة أشد خطرا نظرا إلى أنه طرف يسهل للسارق ارتكاب الجريمة ويجعل من الصعب على المجنى عليه أن يحصى نفسه .

وقد ينشأ الإشكال من مقابلة النصوص بعضها ببعض ، حيث يكون كل منها على حدثه ظاهر الدلالة على معناه ولا إشكال فيه ، ولكن الجمع بينها يكشف عن تعارضه ، وحينئذ يجب أن تقول هذه النصوص تأويلا صحيحا يوفق بينها ويزيل ما فى ظاهرها من اختلاف ، وذلك فى ضوء النصوص الأخرى وحكمة التشريع والقواعد العامة وغير ذلك من الأمارات ؛ فإذا تعذر التوفيق تعين إهدار أحد النصين وإعمال الآخر على هدى ما تؤولى إليه طرق التفسير . والفرض فى كل هذا أن يكون التعارض بين نصوص تشريع واحد ؛ فإن كان العارض بين نصوص تشريعات مختلفة تتساوى فى القوة ، فإن اللاحق منها يلغى السابق ؛ وإذا كان التعارض بين تشريعات تختلف فى الدرجة ، فإن التشريع الأدنى يجب ألا يخالف التشريع الأعلى (١) ، فإن كان التشريع الأعلى هو الأسبق فى وجوده على التشريع الأدنى اعتبرت القاعدة الواردة فى التشريع الأدنى غير صحيحة وللمحاكم أن تمتنع عن تطبيقها ، وإن كان التشريع الأعلى لاحقا فى وجوده على التشريع الأدنى اعتبرت القاعدة الواردة فى التشريع الأدنى ملغية ؛

(٣) المجلد : هو اللفظ الذى ينطوى فى معناه على عدة أحوال جمعت فيه ولا يمكن معرفتها إلا بمبين ، فهو لا يدل بصيغته على المراد منه ، ولا يقترن بأمارات توصل إلى فهم هذا المراد . فكل هذا اللفظ لا سبيل إلى بيان المراد منه إلا بتفسير يصلح من الشارع ؛ فإذا صدر من الشارع بيان واف صار المجلد واضح الدلالة لا يحتمل التأويل ؛ وإذا صدر من الشارع بيان غير واف صار المجلد مشكلا وفتح الباب للبحث والاجتهاد لإزالة إشكاله ؛

مثل ذلك عبارة الأحوال الشخصية التى كانت واردة فى المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ؛ فقد كان المقصود بها وتحديد ما يدخل فيها من مسائل محل خلاف فى الفقه والقضاء . ثم فصلها الشارع فى المادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٦٤ وما بعدها .

المختلطة الملحق نصها باتفاق موثرو : ولما ألفت المحاكم المختلطة نص قانون نظام القضاء
(رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) على هذا التفصيل في المادتين ١٤ و ١٣ منه .

٢٠١ - ثالثاً : النص الميب :

النص الميب هو الذى يتطوى على خطأ مady أو قانونى : فإذا وجد مثل هذا
الميب أو ذلك وجب تصحيحه على هلى القواعد العامة فى القانون وغير ذلك من
الأمارات التى يستعان بها فى التفسير :
ويتحقق الخطأ المady إما بإحلال لفظ فى النص محل آخر ، أو باغفال لفظ كان
يجب ذكره :

ومن أمثلة الخطأ المady بإحلال لفظ فى النص محل آخر ماورد فى المادة ٢/٢٢٧
من التفتين المدنى التى تنص على أن « كل عمولة أو منفعة ، أيا كان نوعها ، اشترطها
الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة
مستترة ، وتكون قابلة للتخفيض ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها
خدمة حقيقية يكون الدائن قدادهاها ولا منفعة مشروعة » : فهذا النص مأخوذ من
المادة ١٢٥ من التفتين القديم المعدلة بالمرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٣٨ ، وقد حصل
تحرير لفظى فى نقل لفظ « منفعة » الوارد فى نهاية هذا النص ، إذ أن الصحيح هو
لفظ « نفقة » طبقاً للأصل الذى أخذ منه حتى يستقيم المعنى :

ومن أمثلة الخطأ المady باغفال لفظ كان يجب ذكره ما ورد فى المادة ١/٦٧٦
مع التفتين المدنى التى تنص على أن « تسرى أحكام عقد العمل على العلاقة ما بين أرباب
الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوايين ومدنوبى التأمين وغيرهم من
الوسطاء » : فلم يقصد الشارع فى هذا النص أن يكون المثلون التجاريون جوايين ،
بل قصد سريان أحكام عقد العمل على الممثلين التجاريين وحلى الجوايين . ولكن
سقط سهواً حرف الواو بين كلمتى التجاريين والجوايين ، وقد كان مشروع النص
خالياً من هذا الخطأ :

والمقصود بالخطأ القانونى فى هذا المقام الخطأ الواضح غير المقصود الذى تدل

عليه القواعد العامة ، بحيث لا يوجد أدنى شك في وجوب تصحيحه : مثل ذلك ماورد في المادة ١٠٨٨ من التقنين المدني التي تقضي على أنه « لا يجوز لأخذ حق اختصاص لإعلى عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجاؤز بيعها بالمزاد العلني » . إذ أن تملك المدين للعقار في حكم هذا النص شرط لازم لأخذ حق اختصاص على هذا العقار ، فلا يعقل أن يطلب توافر هذا الشرط في وقت لاحق لأخذ الحق وهو وقت القيد ، ومن ثم يكون المقصود هو اشتراط الملكية وقت أخذ الاختصاص .

المطلب الثاني

دلالة فحوى النص

٢٠٢ - المقصود بفحوى النص :

رأينا أن المادة الأولى من التقنين المدني تنص في فقرتها الأولى على أن « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها » . والمقصود بفحوى النص في حكم هذه المادة كل ما يتناوله النص من غير طريق عبارته أى ألفاظه (١) . فهو يشمل ما يتناوله النص من طريق إشارته أو دلالاته أو اقتضائه . وتتناول هذه الطرق الثلاثة :

٢٠٣ - أولا : إشارة النص :

المراد بما يفهم من إشارة النص المعنى الذي لا يتبادر فهمه من اللفاظ ولا يقصد من سياقه ، ولكنه لازم للمعنى المتبادر من اللفاظ ، فهو مدلول اللفظ بطريق اللزوم : أى أنه معنى لا يستفاد من العبارة ذاتها ، ولكنه يحىء نتيجة لازمة للمعنى المستفاد من العبارة .

(١) يطلق علماء أصول الفقه الإسلامى فحوى الخطاب على الحكم الذى يؤخذ من النص بطريق الدلالة . ولكن فحوى النص في حكم المادة الأولى من التقنين المدني لا يقتصر على ذلك ، بل يقصد به كل ما يتناوله النص من غير طريق العبارة كما قلنا .

مثل ذلك أن المادة ١٠٣٣/١ من التفتين المدني تنص على أنه وإذا كان الراهن غير مالك العقار المرهون فإن عقد الرهن يصبح صحيحا إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية... ، فهذا النص يتناول رهن ملك الغير ، فيدل بعبارة على أن اقرار المالك يصبح عقد الرهن ، ويدل بأشارته على أن هذا العقد يعتبر قائما وليس باطلا بطلانا مطلقا ، لأن الإقرار لا يرد على عقد باطل .

ويجب التدقيق في الاستدلال بطريق الإشارة ، بحيث يقتصر على ما يكون لازما لمعنى من معاني النص لزوما محتما ، لأن هذا هو الذى يكون النص دالا عليه . فلا يصح تحميل النص معانى بعيدة لا تلازم بينها وبين معنى فيه .

٢٠٤ - ثانيا : دالة النص :

يرى جمهور علماء أصول الفقه الإسلامى أن دلالة النص هى ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه الموافق له فى العلة سواء كان مساويا له فى العلة أو أولى منه . وهذه المساواة أو الأولوية تتبادر إلى الفهم بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى اجتهاد أو قياس ، ولذلك يسمى بعضهم دلالة النص بالقياس الجلى .

وعلى هذا الأساس يفرق جمهور هؤلاء الفقهاء بين دلالة النص بهذا المعنى والقياس ، باعتبار أن مساواة المقيس للمقيس عليه لا تفهم بمجرد فهم اللغة بل لا بد من اجتهاد فى استنباط العلة فى حكم المقيس عليه وفى معرفة تحققها فى المقيس .

كما يرى هؤلاء أن القياس فى الشريعة الإسلامية يعتبر مصدرا رسميا للقواعد العملية ، فهو بهذا يتميز عن دلالة النص بالمعنى المذكور باعتبارها من طرق الدلالة : ولكننا لا نعتقد أن القياس مصدر رسمى مستقل للقاعدة القانونية ، فهو لا يعدو أن يكون طريقا من طرق الدلالة أو التفسير لمعرفة العلة فى حكم الحالة المنصوص عليها أو إعطاء هذا الحكم لحالة أخرى تشترك معها فى العلة : ولا وجه لأن نفرق بين قياس يظهر فيه الاشتراك فى العلة بمجرد فهم اللغة وقياس لا يعرف فيه هذا الاشتراك إلا بالاجتهاد والاستنباط ، فجوهر الاستدلال واحد فى الحالين ، وهو التحقق من أن الحالة المسكوت عنها تشترك مع الحالة المنصوص عليها فى علة الحكم :

بعد أن وضح هذا تتناول دلالة النص بمعناها الكامل ، حيث تشمل مفهوم النص سواء كان موافقا أو مخالفا .

فالمراد بما يفهم من دلالة النص المعنى الذى يفيد ثبوت حكم الواقعة المنصوص عليها الواقعة أخرى غير منصوص عليها لاشتراك الواقعتين فى علة الحكم ، وثبوت تقيض هذا الحكم لواقعة أخرى غير منصوص عليها لانقضاء قيد من القيود المعتبرة فى الحكم :

ذلك أن مفهوم النص وفقا لمعناه الدلالة إما أن يكون مفهوم موافقة ، أو مفهوم مخالفة :

٢٠٥ - (١) مفهوم الموافقة :

يراد بمفهوم الموافقة ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه الموافق له فى العلة سواء كان مساويا له فى العلة أو أولى منه : فإذا كان النص تدل عبارته على حكم فى واقعة معينة لعله بنى عليها هذا الحكم ، ووجدت واقعة أخرى تساوى هذه الواقعة فى علة الحكم أو هى أولى منها لكون العلة أكثر توافرها ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت كذلك للواقعة غير المنصوص عليها .

ويتضح من هذا أن قياس الواقعة المسكوت عنها على الواقعة المنصوص عليها إما أن يكون على أساس مساواتهما فى علة الحكم ، أو على أساس كون الواقعة المسكوت عنها أولى بإثبات الحكم لما لأن العلة فيها أظهر : فهناك إذا نوعان من القياس نعرض لهما ، ثم نشير إلى حالات لا يصح الاستدلال فيها بطريق القياس :

١ - القياس العادى : وهو عبارة عن إعطاء واقعة لانص على حكمها الحكم الذى ورد به النص فى واقعة أخرى لتساوى الواقعتين فى علة هذا الحكم ، إذ أن الحكم يوجد حيث توجد علته .

مثل ذلك أن المادة ٢٢٧ من التفتين المدنى القديم كانت تنص على أن « المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء » .
ففى هذا النص جعل الشارع الورقة العرفية حجة على المتعاقد إذا لم ينكر ما هو منسوب

إليه فيها من خط أو إمضاء : وعلة ذلك الحكم أن عدم الإنكار في هذه الحالة يدل على صدور الورقة من المتعاقدين. ولكن الشارع لم يتعرض لحجية الورقة العرفية التي تحمل ختم المتعاقدين أو بصمته ، فأمكن قياس هذه الحالة على الحالة المنصوص عليها لاتحاد العلة ، إذ أن عدم إنكار المتعاقدين للختم أو البصمة المنسوبة إليه يدل كذلك على صدور الورقة منه فتكون حجة عليه : وقد نصت المادة ٣٩٤ من التقنين المدني الحالي على هذه الصور جميعها للتوقيع :

ومثل ذلك أيضا أن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ينص على أنه « لا يرث القاتل » . ففي هذا النص ورد حكم واقعة قتل الوارث مورثه ، وهو منع القاتل من الإرث ، لعله هي أن قتله فيه استعجال للشئ قبل أوانه فيرد عليه قصده ويعاقب بحرمانه : ولم يرد مثل هذا النص في خصوص قتل الموصى له للموصى ، فأمكن أن يقاس بقتل الوارث مورثه ويمنع القاتل للموصى من استحقاق الموصى به له ، لأن العلة ذاتها متوافرة فيه : وقد نص الشارع الوضعي على الحكم في الحالتين ، حيث تناول واقعة قتل الوارث مورثه في قانون الموارث (م ٥) وتناول واقعة قتل الموصى له للموصى في قانون الوصية (م ١٧) :

٢ - القياس من باب أولى : وهو عبارة عن إعطاء واقعه لأنص على حكمها الحكم الذي ورد به النص في واقعة أخرى لأن علة هذا الحكم أكثر توافرا في الأولى فيثبت لها الحكم من باب أولى :

مثل ذلك أن المادة ٢٣٧ من تقنين العقوبات تنص على أن « من فاجأ زوجته حال نلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين ٢٣٤ و ٢٣٦ » : ففي هذا النص يخفف الشارع عقوبة الزوج القاتل من عقوبة الجنائية إلى عقوبة الجنحة : فلو أن الزوج لم يقتل ، ولكنه ضرب زوجته هي ومن يزني بها فاحثت عاهة مستديمة هي في الأصل جنائية ، فإنه يمكن قياس العاهة على القتل فتخفف عقوبتها إلى عقوبة الجنحة لأنها أولى من القتل بالتخفيف .

ومثل ذلك أيضا أن المادة ٢٧٤ من تقنين العقوبات تنص على أن « المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، لكن لزوجها أن يقف

تنفيذ هذا الحكم برضائه معا شرتها له كما كانت . فإذا كان الزوج بمقتضى هذا النص أن يقف تنفيذ الحكم بعد صدوره على زوجته ، فإن له من باب أولى أن يطلب وقف نير إجراءات الدعوى ضلها قبل صدور الحكم عليها :

٣ - مآلات لا يصح الاستدلال فيها بطريق القياس :

هناك حالات لا يصح الالتجاء فيها إلى القياس بنوعيه هذين كطريق للدلالة • وهى الحالات التى تقضى فيها طبيعة القاعدة القانونية بعدم مد الحكم الوارد فى النص إلى غير الواقعة المنصوص عليها رغم كونها مساوية لها فى العلة أو حتى أولى منها ؛ ويعبر الفقه عادة عن ذلك بقوله إن القياس توسع فى التفسير لايلتجأ اليه فى الحالات التى يجب أن يكون التفسير فيها ضيقا . والحقيقة فى نظرنا أن امتناع الأخذ بالقياس فى هذه الحالات ليس مرده إلى أن القياس توسع فى التفسير ، فقد قلنا إن كل ما يفهم من النص من المعانى بأى طريق من طرق الدلالة يكون من مدلولات النص ويجب العمل به ، وهذا أمر تقرره بوضوح المادة الأولى من التفتين المدنى فى فقرتها الأولى كما قلنا (١) • إنما يرجع امتناع الأخذ بالقياس فى هذه الحالات إلى طبيعة القاعدة القانونية ذاتها : وأهم هذه الحالات اثنان :

الحالة الأولى هى القوانين الجنائية حينما يكون القياس فى غير صالح المتهم • فمادة أساسية سبق أن عرضنا لها ، وهى التى تقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص ، وذلك لضمان الحرية الشخصية للأفراد (٢) ، ومقتضى هذه القاعدة أنه إذا ورد فى النص فعل معين يعتبره الشارع جريمة ويقرر له عقوبة ، ثم وجد فعل آخر مساو له فى علة الحكم أو هو أولى منه ، فلا يجوز مع ذلك إعطاء الفعل الآخر الحكم المنصوص عليه باعتباره جريمة أو تقرير عقوبة له مادام ذلك فى غير صالح المتهم : حيث لا يصح الاستدلال فى هذا النطاق بمفهوم النص ، بل يتعين أن تكون الدلالة فى خصوص الجرائم والعقوبات هى دلالة منطوق النص أى عبارته ، نظرا إلى أن الأمر يتعلق بحريات الأفراد •

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٩٧ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ١٤٨ .

ويلاحظ في هذه الحالة ماقلناه من أن امتناع القياس إنما يكون حيث يضر بمصلحة التهم ، فإذا كان القياس في صالح التهم جاز الاتجاه إليه وفقا للقواعد العامة في التفسير ، وقد رأينا مثلين لذلك فيما ذكرناه الآن :

الحالة الثانية في غير المواد الجنائية حينما يكون الحكم الوارد في النص حكما استثنائيا مخرج فيه الشارع على القواعد العامة : إذ أن طبيعة الحكم الاستثنائي تفيد أن الشارع أراد أن يقصره على الواقعة المذكورة في النص ، ولذلك خص هذه الواقعة بالذكر وأفرد لها ذلك الحكم الاستثنائي وترك ما عداها للقاعدة العامة :

٢٠٦ - (٢) ضرر المرافعة :

يراد بمفهوم المخالفة ثبوت نقض حكم المنطوق للمسكوت عنه لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم : فإذا كان النص تدل عبارته على حكم في واقعة مقيدة بقيد ، ووجدت واقعة أخرى تماثلها ولكن ينتفي فيها هذا القيد ، فإن الحكم الثابت للواقعة المنصوص عليها يثبت عكسه للواقعة الأخرى .

مثل ذلك أن المادة ٩٣قرة أولى من التقنين المدني تنص على أنه : « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد » ؛ فهذا النص يدل بعبارته على حكم الإيجاب الذي عين فيه ميعاد للقبول ، حيث يكون هذا الإيجاب ملزما أثناء مدة الميعاد ، فلا يجوز للموجب أن يعدل عنه خلال هذه المدة . ويدل هذا النص بمفهومه المخالف على أن الإيجاب الذي ينتفي فيه القيد المنصوص عليه ، وهو الإيجاب الذي لم يعين فيه ميعاد للقبول ، لا يكون ملزما ، فيجوز للموجب أن يعدل عنه في أي وقت قبل صدور القبول .

ومثل ذلك أن المادة ٦٠٤ من التقنين المدني تنص على أنه : « إذا انتقلت ملكية المعين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية » . حيث يدل هذا النص بمفهومه المخالف على أن الإيجار يكون نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية :

على أنه يجب الاحتياط والحذر في الاستدلال بمفهوم المخالفة ، فلا يلتجأ إليه إلا إذا كانت دلالة النص على تقيض حكمه في الحالة المسكوت عنها قوية جدا ، وذلك نظرا إلى ما يتطوّل عليه هذا الطريق من خطورة قد تؤدي إلى الخطأ . فقد يكون المقصود من النص هو إثبات الحكم المنصوص عليه للحالة الواردة فيه على سبيل التمثيل أو حتما لما يحتمل أو يثور في شأنها من خلاف ، دون أن يكون في ذلك ما يدل على ثبوت تقيض هذا الحكم لحالة أخرى يتبنّى فيها التقييد المذكور في النص أو يقترن بها قيد آخر . مثل ذلك أن المادة ٤٢١ / ٢ من القانون المدني تنص على أنه « يعتبر البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع ... » فلا يصح أن يفهم من هذا أن البيع بشرط آخر يكون يعاياتا .

٢٠٧ - ثالثا : 'اقتضاء' النص :

المراد بما يفهم من اقتضاء النص المعنى الذى لا يستقيم الكلام إلا بتقديره ، فصيغة النص ليس فيها لفظ يدل عليه ، ولكن صحتها واستقامة معناها تقتضيه . فدلالة الاقتضاء هي دلالة النص على أمر لا يستقيم المعنى إلا بتقديره ، أى دلالة على أمر يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته .

مثل ذلك ما يدل عليه قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ... » : فهذا النص يدل اقتضاء على مقدار محذوف ، حيث يجب أن يفهم على معنى « حرمت عليكم زواج أمهاتكم وبناتكم » ، لأن إسناد التحريم إلى ذات الأمهات والبنات لا يستقيم ، فصحة الإسناد تقتضى هذا المقدار .

٢٠٨ - نزع الروايات في القوة :

اتفق لنا بما نقول أن تفسير النص أو فهم معناه إما أن يكون طريقه عبارة النص أو إشارته أو دلالته أو اقتضاه . وكل معنى يفهم من النص بطريق من هذه الطرق الأربع يكون من مدلولات النص ويجب العمل به ، وتدرج الدلالات المستفادة من هذه الطرق في القوة . ويظهر أثر ذلك عند

التعارض . فدلالة العبارة أقراها ، ويلبها دلالة الإشارة ، ثم دلالة النص ، وأخيرا دلالة الاقتضاء :

فدلالة العبارة أقوى من دلالة الإشارة ، لأن الأولى تفيد معنى يتبادر فهمه من ألفاظ النص ويكون هو المقصود من سياقه ، أما الثانية فتفيد معنى لا يتبادر فهمه من الألفاظ ولا يقصد من السياق ولكنه لازم للمعنى المتبادر من الألفاظ : وكل من هاتين الدالتين أقوى من دلالة النص ، سواء كان مفهوم النص هو مفهوم الموافقة أو مفهوم المخالفة ، لأن كلا منهما مدلول النص بصيغته وألفاظه ، أما دلالة النص فمدلول النص بمفهومه ومعقوله ، وكل من هذه الدلالات الثلاث أقوى من دلالة الاقتضاء ، لأن كلا منها مدلول النص بحالته ، أما دلالة الاقتضاء فتتطوى على تصحيح النص بإضافة ما يكفل صدقه واستقامة معناه ، ولهذا التفاوت يرجع عند التعارض المفهوم من العبارة على المفهوم من الإشارة ، ويرجع المفهوم من أيهما على المفهوم من الدلالة ، ويرجع المفهوم من أى من هذه الدلالات الثلاث على المفهوم من الاقتضاء .

القسم الثاني

نظرية الحق

٢٠٩ - قسم :

تقتضى دراستنا لنظرية الحق أن نبدأ بالتعريف بالحق من حيث مدلوله وتحليله وبيان أنواعه . ثم نتبين بعد ذلك العناصر أو الأركان التي يقوم عليها الحق . ثم نعرض للمصادر التي بواسطتها يكسب الحق ، وهذا يدعونا إلى الكلام كذلك في آثار الحق وأوصافه وانتقاله وانقضائه وإثباته . وأخيراً نتكلم في استعمال الحق كي نتعرف الحدود التي يمارس في نطاقها :

ومن هذا تقسم كلامنا في تلك النظرية إلى أبواب خمسة :

الباب الأول : التعريف بالحق

الباب الثاني : أنواع الحقوق

الباب الثالث : أركان الحق

الباب الرابع : مصادر الحق وما يتصل بها .

الباب الخامس : استعمال الحق

الباب الأول

التعريف بالحق

٢١٠ - مذاهب مختلفة في تعريف الحق :

اختلفت آراء الفقهاء في تعريف الحق اختلافا كبيرا حتى ظهرت بينهم مذاهب متعددة في هذا الشأن . ويرجع ذلك إلى اختلاف وجهات النظر فيما يعتبر العنصر الجوهرى في الحق (١) .

(١) فن الفقهاء من عرف الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية يؤولها القانون

(١) هناك فئة من الفقهاء ينكرون فكرة الحق . وأشهر هؤلاء الفقيه الفرنسى الكبير ديجي Duguit . فهو ينكر وجود الحق مستقلا ببلاته من مصدره ، لأن فكرته تقوم على كونه سلطة إرادية ، وهذا يستتبع أن يكون لإرادة ما الثبوت والسيطرة على أخرى ، وهو ما يخالف الواقع لأن الإرادات كلها متساوية . فالحقيقة في نظره أن ما يسمى بالحق ليس إلا مركزا قانونيا situation juridique خاصا يضع للقانون فيه الشخص دون أن يكون لإرادته دخل في ذلك . فهو يستبدل بالحق « المركز القانوني الإيجابي » ، ويستبدل بالواجب « المركز القانوني السلبي » . وميزة هذا التصور منه أن صاحب المركز القانوني لا يبدو أنه في مركز أعلى أو أدنى من غيره .

ويلاحظ على هذا النظر أن تصور صاحبه لفكرة الحق تصور غير صحيح لم يقل به أحد . فمن الذين يعرفون الحق بأنه قدرة أو سلطة إرادية لا يفكرون مطلقا في أن تكون لإرادة صاحب الحق الثبوت أو السيطرة على إرادة أخرى بحيث تكون لها سلطة إغضامها ، إذ أن الإرادات الفردية كلها متساوية في جوهرها . هذا إلى أن صاحب ذلك الرأي لا يبدل في الأحكام القانونية التي تقترب على الحق ، وإنما هو ينكر تصويرا معينا لفكرة الحق لم يقل به أحد غيره . وبذلك ينحصر الخلاف بينه وبين جمهور الفقه في المفاضلة بين اصطلاح المركز القانوني الإيجابي واصطلاح الحق .

هذا لم يقدح لهذه النظرة أن تؤثر على فكره الحق التي تعتبر مبدأ تقليديا مسلما في فقه القانون .

الشخص: وقد عرف هذا المذهب بالمذهب الشخصي على اعتبار أن تعريف الحق ينظر فيه إلى شخص صاحبه، فيكون الجوهري فيه مالمدى هذا الشخص مع قدرة إراديه يعترف بها القانون للقيام بأعمال معينة في نطاق معلوم. إذ أن القانون في تنظيمه لملاقات الأفراد إنما يرسم لكل شخص نطاقا محمدا تعمل فيه إرادته، وفي هذا النطاق يوجد الحق: وأشهر من قال بهذا المذهب الفقيهان الألمانيان ويندشايد Windscheid وسافيني Savigny:

ويلاحظ على هذا المذهب أنه يخلط بين ما يجب توافره لثبوت الحق وما يلزم غالبا لمباشرته: فمن المسلم أن لعدمي الإرادة حقوقا، كالصبي غير المميز والمجنون، إذ أن كلا منهما فاقد الإرادة، ومع ذلك فإن لكل منهما حقوقا يعترف بها القانون: وقد قيل في الرد على هذا النقد إن القانون يتكفل في هذه الحالة بتعويض النقص الموجود في الإرادة فيدخل الولي أو الوصي أو القيم، ممن تتوفر لديهم القدرة الإرادية، سلطة القيام بما يتمتع على صاحب الحق أن يقوم به: فيعمل النائب من هؤلاء باسم الأصل؛ بحيث تنصرف آثار عمله إلى شخص صاحب الحق. لكن يؤخذ على هذا الرد أن الحق في هذه الحالة إنما يثبت للأصيل، وقد لا يكون له نائب دون أن يقدح ذلك في ثبوت الحق له، فالقدرة الإرادية تطلب في الغالب لمباشرة الحق؛ وليس لثبوته، إذ ليست هي جوهر الحق. وهناك صور لا تقتضي مباشرة الحق فيها توافر الإرادة. فالمجنون وهو عديم الإرادة قانونا، إنما يباشر حقه في الملكية إذا سكن المنزل المملوك له.

(٧) وعلى أساس هذا النقد ظهر مذهب آخر يعرف فيه الحق بأنه مصلحة يحميها القانون. وقد عرف هذا المذهب بالمذهب للموضوعي على اعتبار أن تعريف الحق ينظر فيه إلى موضوعه، فيكون الجوهري فيه هو المصلحة المقصودة منه. وصاحب هذا المذهب هو الفقيه الألماني إهرنج Ihering. حيث لاحظ على النظرية الشخصية ما قلناه من أن الحق يثبت لعدمي الإرادة كالصبي غير المميز والمجنون، وذلك على الرغم من قيام الولي أو الوصي أو القيم بمباشرة الحق، إذ أن المصلحة المقصودة من تقرير الحق هي مصلحة الصبي أو المجنون. فصاحب الحق هو من يدعى المصلحة أو المنفعة المقصودة من وراثته، ومن هنا ينتهي إهرنج إلى أن جوهر الحق هو المصلحة، ثم

يضيف إلى هذا العنصر الجوهري عنصرا شكليا هو حماية القانون ، فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون :

ويؤخذ على هذا المذهب أن المنفعة أو المصلحة التي يراد تحقيقها من وراء تقرير الحق ليست هي جوهر الحق ، وإنما هي الغاية أو الهدف المقصود منه . ولا يكفي في تعريف الحق أن يقتصر على بيان الهدف منه ، بل يجب أن يشتمل على تحديد الجوهره فليست المزايا المقصودة من تقرير حق للشخص في الحرية هي الحق ذاته ، وليست المنافع المادية التي يمكن للمالك أن يحصل عليها مع الشيء المملوك له هو حق الملكية ذاته . وليست الفائدة التي يحصل عليها الدائن من الأداء الذي يلتزم به المدين هي حق الدائنية ذاته .

(٣) وقد عمد فريق من الفقهاء في تعريف الحق إلى الجمع بين فكرتي القدرة الإرادية والمصلحة ، ولذلك أطلق على هذا الرأي المذهب المختلط . غير أنهم اختفوا في تغليب أحد العنصرين على الآخر : حيث يغلب البعض منهم دور الإرادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه قدرة إرادية يعترف بها القانون للشخص ويكفل حمايتها في سبيل تحقيق مصلحة معينة . بينما يغلب البعض الآخر دور المصلحة على دور الإرادة ، فيعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون بتحويله صاحبها سلطة القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق هذه المصلحة :

وإذا كان قد تبين من مناقشة المذهبين السابقين أن جوهر الحق ليس هو القدرة الإرادية ، وليس هو المصلحة المقصودة من الحق ، فإن الجمع بين هذين العنصرين يعيه أنه لا يتضمن تحديدا لجوهر الحق ، شأنه في ذلك شأن المذهبين السابقين .

(٤) وفي ضوء هذه الملاحظات على المذاهب الثلاثة السابقة ظهر رأى حديث يقول به الفقيه البلجيكي دابان Dabin : فهو يعرف الحق بأنه ميزة ينوئها القانون الشخص ويضمنها بوسائله ، بمقتضاها يتصرف في قيمة معترف بثبوتها له ، إما باعتبارها مملوكة له أو باعتبارها مستحقة له . وقد انتهى إلى هذا التعريف على أساس تحليل الحق إلى عناصر أربعة :

فأول هذه العناصر وأهمها هو ثبوت appartenance قيمة لشخص يقرره

القانون . وهذا الثبوت ليس مرتبطا بالانتفاع ، فقد يكون الحق لشخص ونحو الانتفاع لشخص آخر ، كما هي الحال بالنسبة إلى الملكية المحملة بتكليف أو قيد يجعل الانتفاع قانونا لشخص آخر ، ولذلك فإن الحق ليس هو المصلحة بمعنى الانتفاع كما ذهب اهرنج .

والعنصر الثاني هو التسلط *maitrise* . وهذا هو الوجه الآخر للحق على اعتبار أن ثبوت القيمة للشخص هو الوجه الأول . وهذان الوجهان متلازمان ، لأن ثبوت القيمة للشخص يؤدي حتما إلى التسلط : ومحدد دايان معنى التسلط بأنه القدرة على التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق . ولا يراد بالتصرف هنا مباشرة الحق ، فالولي أو الوصي يباشر حق الصغير ولكنه لا يتصرف فيه . ويختلف مدى القدرة على التصرف باختلاف الحق . فمثلا في حق الملكية على شيء مادي تكون هذه القدرة كاملة ، حيث يستطيع المالك أن يأتي أى عمل من أعمال الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف المادى أو القانونى ، كما يستطيع أن يترك الشيء دون استعمال أو استغلال : وفي حق الدائنية تكون هذه القدرة وسطا ، إذ يكون للدائن أن يطالب بحقه أو لايطالب ، كما يكون له أن ينزل عن حقه أو يحوله إلى شخص آخر ، ولكن ليس له المساس بشخص المدين . وفي الحقوق التي يكون عملها الإنسان نفسه تكون هذه القدرة في أضيق الحدود ، ففي حق الحياة مثلا يكون تصرف الشخص قاصرا على المحافظة على حياته . ويتحقق التسلط بهذا المعنى ولو وجد مانع مادي يحول دون التصرف ، فالجنون والصبي غير المميز يتوفر لهما التسلط بالرغم من أنهما لا يستطيعان التصرف فعلا :

ويرى دابان أن هذين العنصرين يكونان الحق في مواجهة صاحبه ، أما في مواجهة الغير فيجب أن يتوافر عنصر ثالث لقيام الحق ، هو وجوب احترام الناس جميعا للحق واستطاعة صاحب الحق أن يقضى هذا الاحترام . إذ أن الحق يفترض تعدد الأشخاص ، فإلى جانب العلاقة التي تقوم بين صاحب الحق وموضوعه بناء على ثبوت الحق لصاحبه يوجد كذلك علاقة أخرى بين صاحب الحق وغيره من الناس على أساس هذا الثبوت بحيث يتوفر الاحترام اللازم للحق على النحو المذكور :

أما العنصر الرابع فهو الحماية القانونية ، حيث يرى دابان أن الحق لا يوجد

في نطاق القانون الوضعي إلا بتوفر هذه الحماية ، وذلك بأن يحول صاحب الحق دعوى يستطيع بها أن يقتضى احترام الغير لحقه .

٢١١ - تعريف الحق :

تنتهى في ضوء ما تقدم إلى تعريف الحق بأنه ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون ، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون ، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية .

ويراعى أننا لم نقصر في هذا التعريف على بيان جوهر الحق ، بل أضفنا ما يعتبر من مقتضياته ، وكذلك للغاية من تقريره .

فجوهر الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون . بمعنى أن هذا الثبوت الذى يعترف به القانون للشخص يعتبر العنصر الاساسى الذى يقوم عليه الحق . ولا يقتصر المراد بالقيمة هنا على ماله قيمة مالية ، بل يشمل كذلك ماله قيمة أدبية أو معنوية لا تقدر بالمال . فقد تكون القيمة التى يعترف بها القانون للشخص بما لا يقدر بالمال . فحق الشخص فى الحياة وحقه فى الحرية وحقه فى أن يشترك فى حكم بلده وحقه فى أن ينسب إليه نتائج ذهنه العلمى أو الأدبى أو الفنى ، كل هذه حقوق ترد على قيم أدبية أو معنوية لا تقدر بالمال ، وقد تكون القيمة مالية . فحق الملكية يرد على شيء مادى معين يمكن تقويمه بالنقود ، وحق الدائنية يرد على عمل يلزم المدين بأدائه للدائن ويمكن تقويمه بالنقود .

وسواء كانت القيمة مالية أو غير مالية فإن ثبوتها للشخص لا يكون إلا بناء على اعتراف من القانون ، إذ ليس للشخص من حقوق إلا ما يحوله إياه القانون . فالقانون هو مصدر كل الحقوق ، بحيث لا يمكن أن ينشأ حق لا يستند إلى قاعدة فى القانون .

وثبوت قيمة معينة للشخص مقتضاها أن يكون لهذا الشخص من السلطات ما يمكنه من الحصول على المزايا التى ترجى من هذه القيمة . ويختلف مدى هذه السلطات باختلاف مضمون الحق . فالحق فى حرية الرأى يقتضى أن يكون للشخص سلطة إعلان رأيه على الناس . وحق الانتخاب يتطلب أن يكون للشخص سلطة التصويت فى الانتخاب .

وحق الملكية ينحول المالك سلطة استعمال الشيء المملوك له واستغلاله والتصرف فيه ، وحق الدائنية ينحول الدائن سلطة مطالبة المدين بأداء ما للترزم به . وهذه السلطات يكفلها القانون لصاحب الحق ، حيث يمنحه من الحماية ما يستطيع به حمل الغير على احترام حقه بدفع كل اعتداء يقع عليه . فهذا أيضا هو مقتضى ما يقرره القانون من ثبوت قيمة معينة للشخص ، حيث لا جدوى من حق لا يقوم القانون على حمايته .

والقانون ، إذ يقرر ثبوت قيمة معينة للشخص ، إنما يهدف من وراء ذلك إلى تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية . فقد رأينا أن وظيفة القانون هي صون حريات الأفراد وتحقيق مصالحهم على نحو يكفل المحافظة على كيان المجتمع ويضمن له التقدم والارتقاء . ولذلك فإن المصالح التي يراها الشارع جديرة بالرعاية ، ويحرص بالتالى على تحقيقها ، هي تلك التي تتفق مع المصلحة العامة للجماعة .

الباب الثاني

أنواع الحقوق

٢١٢ - تسميات المقروء :

تتعدد أنواع الحقوق على نحو يؤدي إلى تعدد تسمياتها . فهناك تسميات متعددة تقوم على التمييز بين طوائف مختلفة من الحقوق تنفرد كل طائفة منها بخصائص معينة . فالحقوق تنقسم أولا إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية . وتنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة . وتنقسم الحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية . وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية وحقوق معنوية . وفي ضوء هذه التسميات نتكلم بإيجاز في الحقوق السياسية ، والحقوق العامة ، وحقوق الأسرة ، ثم نفصل الكلام في الحقوق المالية .

الفصل الأول

الحقوق السياسية

٢١٣ - التعريف بالمقروء السياسي والتمييز بينها وبين المقروء المدني :

تنقسم الحقوق بصفة عامة إلى حقوق سياسية وحقوق مدنية . فالحقوق السياسية *droits politiques* هي تلك التي تنفرد للشخص لمحكيتها من أن يساهم في إدارة شئون بلده . فهي تثبت للشخص باعتباره عضوا في دولة سياسية . ومن أمثلتها حق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولي الوظائف العامة .

وإلى جانب ما تنطوي عليه هذه الحقوق من ميزات لصاحبها ، فإنها تتضمن كذلك معنى الواجب الذى يفرض على الشخص ألا يقدم عن المشاركة فى إدارة شئون بلده . وقد نوهت المادة ٢١ من الدستور بهذا المعنى فيما يتعلق بالوظائف العامة فقالت إن « الوظائف العامة تكليف للقائمين بها » . وهذا الطابع الخاص لتلك الحقوق جعلها تستأثر بمميزين :

الأول : أن الأصل فيها أن تكون قاصرة على الوطنيين ، إذ لا يساهم فى حكم الدولة إلا من ينتمى إليها بحسبته : ولكن يجوز استثناء من هذا الأصل أن يستعان بموظفين من الأجانب :

والثانى : أنها لا تثبت لجميع الوطنيين ، وإنما لمن تتوفر فيهم شروط خاصة ينص عليها القانون . فمثلا من شروط الترشيح لعضوية مجلس الأمة ما تنص عليه المادة ٥٠ من الدستور من أنه « يجب ألا تقل سن عضو مجلس الأمة يوم الانتخاب عن ثلاثين سنة ميلادية » . ومن شروط تولي الوزارة ما تنص عليه المادة ١٣٧ من الدستور من أنه « يشترط فيمن يعين وزيرا ، أن يكون مصريا ، بالغا من العمر ثلاثين سنة ميلادية على الأقل ، وأن يكون متمتعا بكامل حقوقه المدنية والسياسية » .

أما الحقوق المدنية *droits civils* فهي الحقوق المقررة لحماية الشخص في كيانهِ وحريةهِ وتمكينهِ من مزاولة نشاطهِ ، كحق الشخص في الحياة وحرية في العقيدة وحرية في التعاقد . وهذه الحقوق تكون للشخص بحكم وجودهِ . فهي بذلك تختلف عن الحقوق السياسية في أن الأصل فيها أن تثبت لكل شخص وفي أنها ضرورية لكل شخص . فالإنسان يمكنه أن يعيش دون أن يعطى صوته في الانتخاب أو أن يرشح نفسه لعضوية المجلس النيابي أو أن يتولى وظيفة عامة ، ولكن لا يمكنه ذلك إذا فقد حرية أولم يكن في استطاعته أن يبيع وأن يشتري :

الفصل الثاني

الحقوق العامة

أو حقوق الشخصية

٢١٤ - التعريف بالحقوق العامة أو حقوق الشخصية :

تنقسم الحقوق المدنية إلى حقوق عامة وحقوق خاصة :

فالحقوق العامة *droits publics* أو حقوق الشخصية *droits de la personnalité* هي مجموعة القيم التي تثبت للإنسان باعتبارها مقومات شخصيته . فهي بهذه المثابة الحقوق التي تكفل للشخص حماية شخصيته في مظاهرها المختلفة ، كحق الشخص في الحياة وحقه في الحرية وحقه في أن ينسب إليه نتائج ذمته العلمي أو الأدبي أو الفني .

وقد سميت هذه الحقوق بالحقوق العامة لكونها تثبت للناس كافة ، فلا يختص بها شخص دون غيره . وسميت بحقوق الشخصية لأنها تعتبر في حقيقتها مجموعة القيم التي بها يتوافر الإنسان على مقومات شخصيته ، إذ هي تهدف إلى حماية الشخصية في عناصرها المختلفة . كذلك سميت بالحقوق الطبيعية *droits naturels* أو بحقوق الإنسان *droits de l'homme* لكونها حقوق تفرضها الطبيعة البشرية ويقررها القانون الطبيعي ، بحيث تثبت للشخص بحكم كونه إنسانا .

وقد كان فلاسفة القرن الثامن عشر هم أول من سمي هذه الحقوق بحقوق الإنسان أو بالحقوق الطبيعية ، طبقا لنظرية العقد الاجتماعي التي يرون بها أن أساس الدولة هو الاتفاق الذي قبله الإنسان بمقتضاه أن ينزل عن جزء من حقوقه الطبيعية ، كي يتيسر له أن يعيش إلى جانب غيره في الجماعة ، وبذلك لا يكون للسلطان حق المساس بما بقي للإنسان من هذه الحقوق الطبيعية . ولئن كانت هذه النظرية مجرد نظرية فلسفية لاستند إلى حقيقة تاريخية ، فإن هذا لا يقدح في أن تسمية هذه الحقوق بحقوق الإنسان تسمية

تنطق بطبيعة هذه الحقوق باعتبارها ملازمة للطبيعة البشرية . ولذلك عبر عنها الشارع في المادة ٥٠ من التتين المدني بأنها الحقوق الملازمة للشخصية . وأصبحت بهذه المثابة من الأفكار التي تجمع عليها الدول . حيث أصدرت هيئة الأمم المتحدة إعلانا دوليا لحقوق الإنسان في سنة ١٩٤٨ (١) . ويتضمن هذا الإعلان حقوق الإنسان السياسية أو ما يسمى بالديمقراطية الاجتماعية . ويقول ميثاقنا الوطني : « إن الديمقراطية السياسية لا يمكن أن تنفصل عن الديمقراطية الاجتماعية » . « إن الديمقراطية هي الحرية السياسية ، والاشتراكية هي الحرية الاجتماعية ، ولا يمكن الفصل بين الاثنين ، إنهما جناحا الحرية الحقيقية ، وبدونهما ، أو بدون أى منهما ، لا تستطيع الحرية أن تخطى إلى آفاق الغد المرتقب » (٢) .

٢١٥ - أنواع مفرد الشخصية :

ليست حقوق الشخصية سوى مجموعة القيم التي تكون شخصية الإنسان . وكلما تقدم المجتمع كلما زادت القيم التي يعترف بها القانون احتراماً لشخصية الإنسان . ومن ثم فليس من اليسر حصر الحقوق التي تدخل في هذا النطاق . غير أنه يمكن رد هذه الحقوق إلى طوائف ثلاث تمثل كل منها مظهراً من مظاهر الشخصية . فف هذه الحقوق ما يتعلق بالكيان المادى للشخص ، ومنها ما يتعلق بكيانه الأدبي أو المعنوي ، ومنها ما يتعلق بمزاولة نشاطه وهي الحريات الشخصية :

(١) الحقوق التي تتعلق بالكيان المادى للشخص : فأول مظهر لشخصية الإنسان

(١) كانت أول وثيقة في هذا الخصوص هي وثيقة إعلان حقوق الإنسان التي تمخضت عنها الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ . وقد قررت هذه الوثيقة حقوق الإنسان السياسية أو ما يسمى « بالديمقراطية السياسية » . ثم أصدرت هيئة الأمم المتحدة في سنة ١٩٤٨ وثيقة جنيف تدعى ما كان في مبادئ الثورة الفرنسية من نقص أو تناقض ما أمكن الاتفاق عليه من هذا النقص فقررت حقوق الإنسان الاقتصادية أو ما يسمى « بالديمقراطية الاجتماعية » .

(٢) كتاب الخامس من الميثاق .

هو كيانه المادى ؛ ولذلك يثبت له من الحقوق ما يكفل له حماية هذا الكيان ، كحقه فى الحياة وحقه فى سلامة جسمه . حيث يقابل هذين الحقين واجب عام يقع على عاتق جميع الأشخاص الآخرين بعدم الاعتداء عليه . وقد تضمن قانون العقوبات ما يعتبر جزءا على الإخلال بهذا الواجب ، كعقوبة القتل أو الضرب أو غير ذلك من أولون الاعتداء على جسم الإنسان ؛

ويضرب على ذلك أن الطبيب بمنع عليه أن يعمرى جراحة للمريض إلا بعد الحصول على إذنه أو إذن ذويه ، وذلك مالم تكن هناك ظروف تجعل الجراحة ضرورية وعاجلة بحيث يتعذر الحصول على هذا الأذن فى الوقت المناسب . كما يضرب على ذلك أنه لا يجوز اجبار انسان على الخضوع لفحص طبي أو علاج إلا فى الحالات التى يوجب القانون فيها اتخاذ مثل هذا الاجراء للوقاية ضد بعض الأمراض .

وإذا كان القانون يكفل للشخص حقه فى الحياة وحقه فى سلامة جسمه فليس مؤدى ذلك أن يكون للشخص سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء ؛ فالحق لا يثبت للشخص إلا بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية لكونها تتفق مع الصالح العام للمجتمع ؛ ولا شك فى أن إطلاق سلطة الشخص فى التصرف فى جسمه أمر يتعارض مع الصالح العام ، أذ أن سلامة الجسم هى التى تمكن الشخص من القيام بواجبه نحو المجتمع . ولذلك تعاقب بعض القوانين على الشروع فى الانتحار ، كما يعاقب القانون على القتل ولو تم بناء على طلب المنيى عليه أو بموافقه .

وقد نصت المادة الخامسة من التفتين المدنى الإيطالى فى هذا الصدد على أنه لا يجوز للشخص أن يتصرف فى جسمه تصرفا يؤدى إلى نقص دائم فى كيانه الجسدى أو يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب . ويؤيد الفقه المصرى الأخذ بهذه القاعدة ، لأنها تضع معيارا يتفق مع المبادئ العامة للتمييز بين التصرفات الجائزة والتصرفات غير الجائزة فى هذا الخصوص .

وعليه يقع باطلا كل تصرف يؤدى إلى نقص دائم فى كيان الشخص الجسدى ، كأن ينزل الشخص لغيره عن إحدى عينيه حال حياته ، حيث يرد الزول فى هذه الحالة على جزء غير متجدد من الجسم . ويلاحظ هنا أن التصرف لا يكون باطلا إلا إذا

كان منجزا حال الحياة وواردا على جزء متصل بالجسم . فإذا كان التصرف مضافا إلى ما بعد الموت ، كما لو أوصى الشخص بعينه لبنك من بنوك العيون أو أوصى ببسته لمعهد أبحاث علمية ، فإنه يجوز : وإذا ورد التصرف على جزء من الجسم بعد انفصاله عنه ، فإن التصرف يجوز ، حيث لا يعتبر التصرف في هذه الحالة منصبا على الجسم ، بل يتناول شيئا يصح التعامل فيه .

أما إذا لم يكن التصرف مؤديا إلى نقص دائم في الكيان الجسدى ، بأن كان واردا على جزء متجدد من الجسم ، فإنه يقع صحيحا ، كما في عقد الرضاعة وعقد نقل الدم . كذلك يقع باطلا كل تصرف يتعلق بحمم الإنسان ويكون مخالفا للنظام العام أو الآداب ، ولو لم يترتب عليه نقص دائم في الكيان الجسدى ، كالانفاق على أن يعاشر رجل امرأة معاشرة غير شرعية ، إذ يعتبر هذا الانفاق مخالفا للآداب .

(٢) الحقوق التي تتعلق بالكيان الأدبي أو المعنوى للشخص : يعتبر الكيان الأدبي أو المعنوى للشخص من مظاهر شخصيته كذلك . فكلما أن للشخصية مقوماتها المادية ، فلها كذلك مقوماتها الأدبية أو المعنوية ، بحيث يثبت للشخص من الحقوق ما يكفل له حماية هذه المقومات . ومن أظهر هذه المقومات أن لكل شخص شرفه وأسراره وأفكاره وما يميزه عن غيره ،

فللشخص الحق في الشرف . وهو عبارة عن حق الشخص في أن تحترم سمعته واعتباره . فإذا وقع من الغير خدش لسمعة الشخص واعتباره كان للمعتدى عليه أن يطلب وقف الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . بل إن القانون فضلا عن ذلك يعتبر مثل هذا الخدش جريمة في حق المجتمع ، حيث يعاقب قانون العقوبات على جرائم التقذف والبالغ الكاذب والسب (م ٣٠٢ — ٣٠٨ عقوبات) .

وللشخص الحق في السرية ، وهو حق الشخص في أن تظل أسراره الخاصة بعيدة عن العلانية واستطلاع الغير . ومن ثم يتمتع على الغير أن يفشى أسرار شخص دون إذنه . وتطبيقا لذلك يجب على من يطلع على هذه الأسرار بحكم وظيفته أو مهنته كالطبيب أو المحامى أو بحكم صلة القرابة كالزوج أن يتمتع عن إفشائها ، إلا في الأحوال

التي يوجب أو يرخص القانون فيها بذلك (١) . كما أن القانون يعتبر إنشاء أصحاب المهنة للأسرار التي يؤتمنون عليها جريمة يعاقب عليها جنائيا (٣١٠م عقوبات) : ومن الصور التي تدخل في نطاق حق الشخص في السرية حقه في سرية رسائله واتصالات التليفونية ، فلا يجوز لأحد أن يطلع على خطاباته أو برقياته أو أن يستمع إلى محادثاته التليفونية :

والشخص الحق على أفكاره ، وهو من قبيل الحقوق المعنوية . ويدخل في نطاق هذا الحق حقوق المؤلفين والمخترعين ، وهي التي يقال لها الحقوق الذهنية ، حيث ترد على نتائج ذهني ، فيكون لها ناحية أدبية ترتبط بالشخص ارتباطا وثيقا ، وناحية أخرى مالية . غير أن هذه الحقوق تقوم أساسا على اعتبار الخلق الذهني المؤلف أو المخترع نابعا من شخصيته ، فهي بهذه المثابة حقوق أدبية تهدف إلى حماية الشخصية ، ولذلك تعتبر من حقوق الشخصية . وفي ضوء هذا الاعتبار فإن هذه الحقوق تخول صاحبها سلطة تقرير نشر نتاج ذهنه أو عدم نشره ، وتجعل له وحده الحق في أن ينسب إليه هذا النتاج على اللوام ، وفي إدخال ما يراه من تعديل أو تخوير فيه ، وفي منحه من التداول بعد نشره . ومنع تداول هذا النوع من الحقوق فيها بعد .

والشخص الحق في الاسم ، حتى يكون له ما يميز شخصيته عن غيره . ومنع عرض فيها على لدراسة هذا الحق .

(٣) الحريات الشخصية : تعتبر هذه الحريات من حقوق الشخصية ، إذ أنها

(١) وقد نصت المادة ٢٠٧ من قانون المرافعات على أنه « لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنة أو صنعة بواقعة أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به فقط ارتكاب جريمة أو جنحة » . ونصت المادة ٢٠٨ من هذا القانون على أنه « ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين في المادة السابقة أن يؤدوا الشهادة عن تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها لهم حل ألا ينل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم » .

كما نصت المادة ٢٠٩ من هذا القانون على أنه « لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضاه الآخر ما أبلغه آياه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالهما إلا في حالة وضع دعوى من أحدهما على صاحبه أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جريمة أو جنحة وقعت منه على الآخر » .

ترى إلى تمكين الشخص من مزاولة نشاطه . ومن أمثلتها حرية الانتقال ، وحرية العمل ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج ، وحرمة المسكن ؛

٢١٦ - خصائص حقوق الشخصية :

وأبنا أن حقوق الشخصية هي مجموعة القيم التي ثبتت للإنسان باعتبارها مقومات شخصيته . فهي بهذا الوصف تلازم الشخص لانتفك عنه . ولذلك سماها الشارع بالحقوق الملازمة للشخصية (م ٥٠ مدني) ، وسماها البعض بالحقوق اللصيقة بالشخصية . ومن ثم كانت حقوقا غير مالية لأنها لا يمكن أن تنجم بالنقود .

ومقتضى هذا أن تخرج هذه الحقوق عن التعامل ، فلا يجوز التصرف فيها ، ولا يرد التقادم عليها ، ولا تنتقل إلى الورثة : فهذه خصائص تميز بها تلك الحقوق تتناولها فيما يلي :

(١) حقوق الشخصية لا يجوز التصرف فيها : هذه خاصة تنفرع على كون حقوق الشخصية حقوقا غير مالية تلازم الشخصية . وقد عني الشارع بالنص عليها بالنسبة إلى بعض حقوق الشخصية . فنصت المادة ٤٩ من التقنين المدني على أنه ، ليس لأحد الزول من حرمة الشخصية ؛ ونظرا إلى أن حرية التعاقد تقتضي الاعتراف بالأهلية الكاملة لكل من تتوافر فيه شروطها ، فقد نصت المادة ٤٨ من التقنين المدني على أنه ، ليس لأحد الزول من أهليته ولا التعديل في أحكامها ؛ كما نصت المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف على بطلان كل تصرف في الحقوق الأدبية للمؤلف :

وتطبيقا لهذا المبدأ فإنه إذا التزم شخص بالقيام بعمل معين وجب أن يكون هذا الالتزام مؤقتا . إذ أن مثل هذا الالتزام يعتبر قيلا على الحرية الشخصية ، فلا يصح أن يكون مؤبدا ، لأنه ينطوي حينئذ على الزول عن هذه الحرية . وقد رأى الشارع هذا الاعتبار في نصوص كثيرة : منها ما نصت عليه المادة ١ / ٥٢٩ من التقنين المدني من أنه « تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة » : وما نصت عليه المادة

٦٧٨ / ٢ من هذا التتبعين من أنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات جاز للعامل بعد خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر » .

ومادام أن حقوق الشخصية لا يجوز التصرف فيها فإن هذا يستتبع عدم جواز الحجز عليها ، لأن الحجز يؤدي إلى البيع الجبري . وتطبيقا لذلك نصت المادة ١٠ من القانون الخاص بحماية حق المؤلف على أنه « لا يجوز الحجز على حق المؤلف » :

وإذا كان الأصل عدم جواز التصرف في حقوق الشخصية إلا أن هناك من الاتفاقات في هذا الشأن ما يعتبر جائزا لكونه يحقق أغراضا اجتماعية نافعة ولا يمتطوي على مساس بالحق . من ذلك ما رأيناه من جواز التصرف في جزء متجدد من الجسم مادام لا يؤدي إلى نقص دائم في الكيان الجسدي ، كما في عقد الرضاعة وعقد نقل الدم : ومن ذلك أيضا بعض الاتفاقات التي تتعلق باسم الشخص ، كما لو أذن شخص لآخر باستعمال اسمه كاسم أدبي مستعار أو باستخداه كاسم تجاري .

(٢) حقوق الشخصية لا يرد التقادم عليها : فهي تلازم شخصية الإنسان لا تنفك عنها ، ومن ثم لا تسقط ولا تكسب بالتقادم . فإذا عرف شخص بين الناس باسم غير اسمه الحقيقي ، فلا يفتقد حقه على اسمه مهما طال المدة التي ظل فيها هذا الاسم مجهولا . وإذا نشر مؤلف مصنفًا بدون اسم أو باسم مستعار كان له الحق في أن يعلن عن اسمه الحقيقي في أي وقت مهما طال الزمن . وإذا نشر مصنف باسم شخص غير مؤلفه الحقيقي فلا يكسب هذا الشخص الحق في نسبة المصنف إليه مهما مضى من زمن :

(٣) حقوق الشخص لا تنتقل إلى الورثة : مادام أن هذه الحقوق تلازم الشخصية فلا تنتقل عند وفاة صاحبها إلى الورثة . وإذا كان الحق الأدبي للمؤلف تنتقل بعض سلطاته إلى الورثة ، فإن هذه السلطات لا تمس دوام نسبة المصنف إلى المؤلف ، وإنما يراد بانضمامه أن يكون للورثة المحافظة على هذه النسبة وعلى بقاء المصنف بحالته التي أرادها للمؤلف أو الورثة ودفع أي اعتداء يقع في هذا الشأن كما سنرى .

٢١٧ - الاعتداء على حقوق الشخصية يؤدي إلى نشوء حق مالي في التعويض :

إذا اعتدى على حق من حقوق الشخصية كان لمن وقع عليه الاعتداء الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، سواء أكان هذا الضرر ماديا أو أدبيا : وهذا الحق المالي في التعويض مستقل عن حق الشخصية ذاته ، لأن مصدره العمل غير المشروع وهو الاعتداء الذي وقع . وقد نصت المادة ٥٠ من التقنين المدني في هذا المعنى على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من حقوق الملازمة الشخصية ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . كما تضمنت المادة ٥١ من ذلك التقنين تطبيقا لهذا الحكم على الاسم ، فنصت على أن « لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » .

٢١٨ - المضمرة الخاصة :

الحقوق الخاصة هي تلك التي لا تثبت إلا لمن يتوفر له سبب خاص لكسبها ، كحق الشخص في ملكية عين أو اقتضاء دين و كسلطة الأب على ولده . فهي تهدف إلى حماية المصالح الخاصة للشخص حتى يتمكن من مواصلة نشاطه .

وتختلف هذه الحقوق عن الحقوق العامة أو حقوق الشخصية في أنها حقوق يختص بها الشخص دون غيره ، بينما تثبت حقوق الشخصية للناس كافة على حد سواء .

الفصل الثالث حقوق الأسرة

٢١٩ - التعريف بحقوق الأسرة :

تتقدم للحقوق الخاصة إلى حقوق أسرة وحقوق مالية .

ويقصد بحقوق الأسرة droits de famille تلك التي تثبت للشخص باعتباره عضواً في أسرة معينة ، سواء كان ذلك بسبب الزواج أم النسب . ومن أمثلتها حق الزوج في طاعة زوجته له ، وحتى الأب في تأديب ولده ، والحق في الإرث ، والحق في النفقة .

وتعتبر حقوق الأسرة من مسائل الأحوال الشخصية . وقد رأينا أن التقنين المدق لا يتضمن تنظيم هذه المسائل ، وإنما يتكفل بهذا التنظيم الشرائع الدينية والقوانين الخاصة التي صدرت في هذا الشأن ، وذلك على التفصيل الذي عرضنا له فيما تقدم (١) .

٢٢٠ - مضامين حقوق الأسرة :

الكثرة الغالبة من حقوق الأسرة حقوق غير مالية ، والقليل منها حقوق مالية كالحق في النفقة والحق في الإرث : وسواء بالنسبة إلى هذه الطائفة أو تلك فإن حقوق الأسرة جميعها تتميز بعلما من طابع أدبي يرجع إلى رابطة القرابة التي تجمع بين أعضاء الأسرة . فحتى الحقوق المالية في هذا النطاق تستند إلى أساس أدبي يقوم على هذه القرابة ، ولعل هذا الطابع الأدبي هو الذي جعل فريقاً من الفقهاء يدرج حقوق الأسرة في عداد حقوق الشخصية .

وغني عن البيان أن الأسرة هي نواة المجتمع ودعامته الأساسية : ومن هنا فإن حقوق الأسرة تتميز كذلك بأنها تنطوي في الوقت ذاته على واجبات نحو أعضاء الأسرة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٨٦ - ٩٣ .

الآخرين . فسلطة الأب على ولده تعطيه حق تاديبه وتربيته ، وتوجب عليه كذلك أن يقوم بواجب التأديب والتربية . وسلطة الزوج على زوجته تجعل له عليها حق الطاعة ، فيكون على الزوجة أن تقيم حيث يقيم زوجها ، وتوجب عليه كذلك أن يأويها ويهيئ لها المقام اللائق . ولذلك فإن بعض الفقه يسمى حقوق الأسرة بالحقوق الوظيفية *droits-fonction* ، على اعتبار أن ما منحوه هذه الحقوق من سلطات إنما يراد بها تمكين الشخص من تادية وظيفة معينة لمصلحة أعضاء الأسرة الآخرين . وقد حدا هذا الاعتبار بفريق من الفقهاء إلى إنكار وصف الحق بالنسبة إلى هذه الحقوق ، بحجة أنها مجرد وظائف تؤدي ، لا لمصلحة من يقوم بها ، بل لمصلحة غيرهم من أعضاء الأسرة . والواقع أنها حقوق بالمعنى الصحيح ، حيث توجد من ورائها دائماً مصلحة لأصحابها ، غير أن وجود مصلحة من ورائها كذلك لأعضاء الأسرة الآخرين يجعل لهم الحق في اقتضاء مضمونها مما يجعل القيام بها واجبا في الوقت ذاته على أصحابها . فنحن هنا بصدد علاقة قانونية أحد طرفيها له حق يقترن به واجب يقع عليه ، وهذا الواجب يقابله حق للطرف الآخر . فتأديب الابن وتربيته حق للأب ، إذ لا شك في أن للأب من وراء ذلك مصلحة ذاتية في تهذيب الابن وتقوم أخلاقه وحسن تربيته ، والتأديب والتربية هما في الوقت ذاته واجب على الأب ، إذ أنهما يحققان كذلك مصلحة لابن ، وهذا الواجب يقابله حق للابن في أن يقتضى من أبيه ما يكفل له التأديب والتربية .

الفصل التاسع

الحقوق المالية

٢٢١ - التعريف بالحقوق المالية :

الحقوق المالية *droits pécuniaires* هي التي يمكن تقييم محل الحق فيها بالنقد ؛ فهي تكون الجانب الإيجابي في ذمة الشخص المالية . إذ في هذه الذمة تظهر الحقوق التي للشخص والتكاليف التي عليه .

ورى هذه الحقوق إلى حصول صاحبها على فائدة مادية : فالناحية الاقتصادية فيها عمل الاعتبار الأول . وهى لذلك تختلف عن جميع الحقوق السابقة فى أنها ، بحسب الأصل ، يجوز التصرف فيها ويرد للتقدم عليها وتنقل إلى ورثة صاحبها بعد وفاته . وهذه الحقوق على أنواع ثلاثة : حقوق شخصية ، وحقوق عينية ، وحقوق معنوية . ويقوم هذا التقسيم على أساس طبيعة عمل الحق . فالحق الشخصى عمله عمل ، كما فى حق المقرض قبل المقرض . والحق العينى عمله شئ مادى ، كما فى حق الملكية . والحق المعنوى عمله شئ معنوى أو غير مادى ، كما فى حق المؤلف :

ونظرا إلى أن التفرقة بين الحق الشخصى والحق العينى أثارت جدلا فى الفقه من قديم وظفرت باهتمام كبير منه ، فإننا بعد تناول هذين الحقين ، نعرض لهذه التفرقة ومدى أهميتها ، ثم ننتهى بالكلام فى الحق المعنوى .

الفرع الأول

الحق الشخصى

٢٢٢ - تعريف الحق الشخصى :

الحق الشخصى *droit personnel* حق يتمثل فى رابطة قانونية بين شخصين ، بمقتضاها يقوم أحدهما وهو المدين قبل الآخر وهو الدائن بأداء مالى معين . فهذا الأداء المالى ، وهو دائما عمل يقوم به المدين ، هو القيمة التى تثبت للدائن بمقتضى القانون ، فيؤدى هذا إلى قيام رابطة بين الدائن والمدين ، حيث يستطيع الدائن بمقتضاها أن يطالب المدين بالأداء الواجب عليه . كحق مشترى العقار قبل البائع الذى يلتزم بنقل الملكية ، وحق المستأجر قبل المؤجر الذى يلتزم بالتمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وحق شخص قبل آخر يلتزم بعلوم البناء فى مساحة معينة .

وقد سمي هذا الحق بالحق الشخصى نظرا إلى أنه يتمثل فى علاقة بين شخصين ، بحيث لا يستطيع صاحبه أن يباشره إلا بواسطة المدين : كما سمي بحق الدائنية *droit de créance* على اعتبار أن صاحبه دائن لشخص آخر بأداء معين :

ويطلق على الحق الشخصى كذلك اصطلاح الالتزام obligation . ويقال فى تعليل استعمالهما كترادفين إن رابطة الالتزام أو رابطة الدائنية التى تقوم بين الدائن والمدين ، إذا نظرنا إليها من ناحية الدائن كانت حقا ، وإذا نظرنا إليها من ناحية المدين كانت التزاما ، مع أن الالتزام هو الواجب الذى يقع على عاتق المدين والذى يقابل الحق الذى للدائن ، فكل منهما يتميز عن الآخر وعن رابطة الالتزام هذه . وإذا كان لابد من الاختصار على أحد التعبيرين للدلالة على هذه الرابطة كان الأولى أن نعر بالحق الشخصى لأنه هو ما يهدف القانون إلى حمايته حين يلزم المدين بالوفاء . إلا أن التعبير عن هذه الرابطة بلفظ الالتزام قد شاع استعماله إلى حد أن الشارع نفسه ، رغم استخدامه للتعبيرين كترادفين فى عنوان القسم الأول من التقنين المبنى ، لم يستعمل للدلالة على هذه الرابطة فى نصوص المواد سوى لفظ الالتزام .

والحق الشخصى يظهر فى ذمة الدائن كعنصر إيجابى ، ويقابله التزام يظهر فى ذمة المدين كعنصر سلبى . ومن ثم تجتمع فى الحق الشخصى ثلاثة عناصر ، هى صاحب الحق وهو الدائن ، ومن عليه الحق وهو المدين ، ومحل الحق وهو الأداء الواجب على المدين . فصاحب الحق الشخصى لا يمكنه أن يباشر حقه كما قلنا إلا بواسطة المدين .

٢٢٣ - أنواع الحقوق الشخصية :

لأنه الحقوق الشخصية تحت حصر . فهى تتنوع بحسب نوع الأداء الذى يلتزم به المدين . والقاعدة فى هذا الشأن أن للأفراد الحرية فى أن يتفقوا على ما يروق لهم من حقوق لتنظيم مصالحهم طبقا لمبدأ سلطان الإرادة . وحريرتهم فى هذا لا يحددها إلا أن يكون اتفاقهم غير مخالف للنظام العام والآداب .

والأداء الذى يلتزم به المدين فى الحق الشخصى يكون دائما عملا يجب على المدين أن يقوم به ، سواء أكان هذا العمل إيجابيا أم سلبيا . والعمل الإيجابى قد يكون إعطاء شئ ، أو يكون عملا آخر غير ذلك . والعمل السلبى هو الامتناع عن عمل معين . وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الحقوق الشخصية أو الالتزامات إلى التزام باعطاء ، والتزام بعمل ، والتزام بامتناع عن عمل :

فالالتزام بإعطاء هو الالتزام بنقل أو إنشاء حق عيني على شيء ، ومن أمثلة الالتزام بنقل حق عيني التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري ، والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر ، ومن أمثلة الالتزام بإنشاء حق عيني التزام مالك العقار بإنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار آخر ، أو التزامه بإنشاء حق رهن على هذا العقار ضمانا للوفاء بدين في ذمته .

والالتزام بعمل هو الالتزام بالقيام بعمل إيجابي غير الأعطاء ، ومن أمثله التزام المقاول ببناء منزل ، والتزام العامل بأداء عمله ، والتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة وتمكين المستأجر من الانتفاع بها .

والالتزام بالامتناع عن عمل هو الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل معين كان يمكن القيام به . من ذلك مثلا التزام بائع المحل التجاري بعدم فتح محل تجارة آخر من النوع ذاته في المنطقة التي يوجد فيها المحل المبيع منعا للمنافسة ، والتزام الممثل نحو مدير المسرح الذي يعمل عنده بعدم التمثيل على مسرح آخر .

وبلاحظ ماقلناه من أنه في هذه الصور جميعها يكون عمل الالتزام دائما عملا إيجابيا أو سلبيا . فحتى في الالتزام بإعطاء لا يكون عمل الالتزام هو الشيء الذي يجب أن تنتقل ملكيته أو ينشأ عليه حق عيني آخر ، بل المحل هو العمل الذي يجب على المدين أن يقوم به كي يتم نقل الحق أو إنشاؤه . فبلا في عقد البيع ، إذا كان الشيء المبيع منقولا معيننا بالذات ، فإن الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ومعنى ذلك أن التزام البائع بنقل الملكية يتم تنفيذه حينئذ من تلقاء نفسه بحكم القانون . أما إذا كان الشيء المبيع منقولا معيننا بالنوع فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز ، ومن ثم يجب على البائع كي ينفذ التزامه بنقل الملكية أن يقوم بعمل معين هو الإفراز . وإذا كان المبيع عقارا فلا تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بتسجيل عقد البيع ، وفي هذه الحالة يجب على البائع كي ينفذ التزامه أن يساهم في إجراءات التسجيل ، فحل الالتزام هنا هو قيام البائع بنقل الملكية عن طريق المساهمة في هذه الإجراءات :

الفرع الثاني

الحق العيني

٢٢٤- تعريف الحق العيني :

الحق العيني droit réel حق يتمثل في سلطة لشخص تنصب مباشرة على شيء مادي معين : فهذا الشيء هو مجال القيمة التي تثبت لصاحب الحق بمقتضى القانون ، فيؤدي هذا إلى وجود سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، حيث يستطيع الشخص بمقتضاها أن يفيد من الشيء على نحو يختلف مله بحسب مضمون الحق . كحق الملكية ، وحق الانتفاع ، وحق الرهن :

ومادام أن الحق العيني يتمثل في سلطة تنصب مباشرة على الشيء ، كان لصاحبه أن يباشره دون حاجة إلى وساطة شخص آخر :

والحق العيني يظهر في ذمة صاحبه ، ولكن الواجب العام الذي يقابل الحق والذي يقع على عاتق الناس جميعا ويقتصر أمره على التزام الكافة باحترام الحق لا يظهر في ذمة شخص آخر . ومن ثم يوجد في الحق العيني عنصران بارزان ، هما صاحبه الحق ، وعمل الحق (١) :

(١) نذكر بهذه المناسبة أن أغلبية الفقه التقليدي تصف الحق العيني بأنه حق مطلق والحق الشخصي بأنه حق نسبي ، ويتوسع البعض فيقسم الحقوق بصفة عامة إلى حقوق مطلقة وحقوق نسبية . وهذا التقسيم وذلك الوصف يقومان مع هؤلاء الفقهاء على فكرة الاحتجاج بالحق . فالحق المطلق هو الحق الذي يحج به على الناس كافة ، كحق الملكية والحقوق العامة والحقوق السياسية . والحق النسبي هو الحق الذي يحج به في مواجهة شخص أو أشخاص معينين ، كالحق الشخصي .

وهذه الفكرة خاطئة . وميث الخطأ فيها أنها تشير بأن الواجب العام المفروض على جميع الناس باحترام حق الغير موجود بالنسبة إلى فريق من الحقوق دون غيره ، مع أنه هذا الواجب العام ، كما سبق أن رأينا (انظر فيما تقدم فقرة ٢) ، موجود بالنسبة إلى كل أنواع الحقوق ، وأن الواجب الخاص وإن وجد في بعض هذه الحقوق فإنما يوجد زيادة على الواجب العام . ومن ثم فجميع الحقوق سواء في إمكان الاحتجاج به

٢٢٥ - أنواع الحقوق العينية :

تنفك الحقوق العينية جميعها في أنها تخول صاحبها سلطة مباشرة على شيء مادي ، ولكنها تختلف فيما يتعلق بمدى هذه السلطة : وبعبارة أخرى ، فإن محل الحق العيني هو دائما شيء مادي ، أما مضمونه وهو السلطات التي يخولها صاحبه فيختلف من حق إلى آخر . وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية :

٢٢٦ - أولا : الحقوق العينية للأصلية :

الحقوق العينية الأصلية هي الحقوق التي تقصد لذاتها ، فتقوم مستقلة ، بحيث لا تستند في وجودها إلى حق آخر . وهي تشمل الحقوق الآتية :

١ - بها حل جميع الناس . فكما يلتزم الغير باحترام حق الملكية يلتزم كذلك باحترام الحق الشخصي ، فلا يفعل ما من شأنه الاضرار بصاحبه . ويزيد على ذلك أن في هذا الحق الأخير يكون لصاحبه أن يطالب شخصا معينا هو المدين بعمل معين ، وهذا هو الواجب الخاص الذي من أجله وصف الحق بأنه تسمي . ويتبين من هذا أن الاطلاق في الحق المعنى ينصب على الواجب العام وأن النسبية في الحق الشخصي تنصب على الواجب الخاص . وبذلك تركز المقابلة بين الحقين على معيارين مختلفين ، فهي إذا غير صحيحة . حل أن هذا الوصف قد يرد في الفقه مستندا إلى فكرة أخرى . فيوصف الحق المعنى بأنه مطلق بمعنى أنه يمكن لصاحبه أن يزاوله دون وساطة شخص ما ، ويوصف الحق الشخصي بأنه تسمي بمعنى أنه لا يمكن أن يزاوله صاحبه إلا بواسطة شخص أو أشخاص معينين . وهذه الفكرة صحيحة ، فهي وحدها التي يمكن التسليم بها .

وقد يوصف حق الملكية بأنه حق مطلق بمعنى أنه يخول صاحبه سلطة مطلقة على الشيء . محل الحق ، فيكون المالك أن يفعل بملكه ما يشاء . وهذا المعنى تتوزع للدقة لعدم موافقته للنظرية الحديثة التي باعتبارها وظيفة اجتماعية . فمقتضى الواقع في حق الملكية أن سلطة المالك تكون مقيدة بصالحه الخاص من ناحية وبالصالح العام للجماعة من ناحية أخرى .

وعليه فالأفضل ألا يؤخذ بهذا الوصف الحق أيا كان المعنى الذي يستند إليه . فهذا المعنى يتلوى في حالة كل فكرة خاطئة ، ويستند في أخرى إلى فكرة غير دقيقة . وحتى في الحالة التي يقوم فيها حل فكرة صحيحة نيجده غير كاف للدلالة عليها دلالة لفظية واضحة .

٢٢٧ - (١) من الملكية (١) :

حق الملكية *droit de propriété* هو أوسع الحقوق العينية نطاقا ، لأنه يجوز صاحبه سلطة كاملة على الشيء . وقد نصت المادة ٨٠٢ من التقنين المدني في هذا المعنى على أن المالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه . فهذه السلطات الثلاث ، وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف ، من شأنها أن تمكن المالك من الحصول على جميع المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء .

١ - فالإستعمال *L'usage* هو استخدام الشيء فيما هو قابل له للحصول على منفاه فيما عدا الثمار . كأن يسكن المالك داره ، أو يركب عربته :

٢ - والإستغلال *La jouissance* هو القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء . وثمار هي ما ينتج الشيء في مواعيد دورية منتظمة . وهي على أنواع ثلاثة : ثمار طبيعية ، وهي التي تولد عن الشيء بفعل الطبيعة وحدها ، كالكلأ ونتاج المواشي : وثمار مستحدثة ، وهي التي يكون للانسان يد في إنتاجها ، كالحصولات الزراعية . وثمار مدنية ، وهي ما يغله الشيء من دخل تقضى يلتزم به الغير في مقابل استفادته من منافع الشيء بموجب عقد ، كأجرة المنازل والأراضي المؤجرة وفوائد النقود المقرضة .

٣ - والتصرف *La disposition* في خصوص سلطة المالك على الشيء الذي يملكه يشمل نوعين من التصرفات : الأول هو التصرف المادي في الشيء ، وهو عبارة عن الأعمال المادية التي تؤدي إلى استهلاك الشيء أو إعدامه أو التغيير فيه ، كهدم المنزل أو إحداث تغيير فيه . والثاني هو التصرف القانوني في الحق ، وهو عبارة عن الأعمال القانونية التي يكون من شأنها أن تؤدي إلى زوال الحق كلياً أو جزئياً ، كتقيل الملكية الشيء إلى شخص آخر أو ترتيب حق عيني آخر عليه للغير .

وتعتبر سلطة المالك في التصرف بتوحيه هذين طابعا خالصا لحق الملكية يميزه عن غيره من الحقوق العينية .

٢٢٨ - (٢) الحقوق المنفردة عن الملكية :

تخول هذه الحقوق صاحبها سلطة محدودة على شيء مملوك لغيره : فحق الملكية يخول المالك سلطة كاملة على الشيء ، أما غيره من الحقوق العينية الأصلية فلا يخول صاحبه إلا بعض هذه السلطة : ولذلك فإن الحقوق العينية الأصلية ، فيما عدا حق الملكية ، تعتبر حقوقا منفردة عن الملكية . وهي تشمل الحقوق الآتية :

٢٢٩ - ١ - حق الانتفاع وهو الاستعمال وهو السكنى :

حق الانتفاع droit d' usufruit حق يخول المنتفع استعمال شيء مملوك لغيره واستغلاله . حيث يثبت للمنتفع عنصران من عناصر الملكية ، وهى الاستعمال والاستغلال ، أما التصرف فى الشيء فيبقى للمالك الذى يقال له فى هذه الحالة مالك الرقبة . فمثلا للمنتفع بمنزل أن يسكنه وأن يؤجره لغيره ، ولكن ليس له أن يتصرف فيه كأن يبيعه أو يرهته ، إذ أن هذا من حق المالك فحسب .

ويلحق بحق الانتفاع حق الاستعمال وحق السكنى ، إذ هما عبارة عن صورتين للانتفاع على نطاق محدود :

فحق الاستعمال droit d' usage يخول صاحبه استعمال شيء مملوك لغيره . حيث يقتصر مضمونه على الاستعمال دون الاستغلال : فهو على هذا النحو أضيق نطاقا من الانتفاع .

وحق السكنى droit d' habitation يخول صاحبه السكنى فحسب فى مسكن مملوك لغيره . وبذلك يكون هذا الحق أضيق نطاقا من حق الاستعمال ، لأنه يخول صاحبه استعمال الشيء على وجه معين ، هو الاستعمال بطريق السكنى : فإذا كان هناك محل يصلح لأن يكون مكتبا ومسكنا فإن من له حق استعماله يمكنه أن يستعمله فى هذا الغرض أو ذاك ، أما من له حق السكنى فليس له إلا أن يسكنه :

وسواء بالنسبة إلى حق الاستعمال أو حق السكنى فإن نطاقهما يتحدد بمقدار

ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم (م ٩٩٦ مدني) ، فلا يجوز الزول عنهما للغير إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي (م ٩٩٧ مدني) :
وتتميز حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى بأنها تنقضي حتما بوفاة صاحبها ،
حتى لو جاءت هذه الوفاة قبل انقضاء الأجل المعين للحق (م ٩٩٣ مدني) .

٢٣٠ - ٢ - من المحكر :

حق المحكر حق ينحل المحتكر الانتفاع بأرض للغير في مقابل أجره المثل ،
وذلك بالبناء أو الغرس أو غيره . ويكون المحتكر مالكا لما يحدته من بناء أو غراس
أو غيره .

وقد استمد الشارع أحكام هذا الحق من الشريعة الإسلامية ، ولكنه لا يميز ترتيبه
في ظل التقنين المدني الحالي إلا على أرض موقوفة (م ١٠١٢ / ١ مدني) ، حينما تنقضي
بذلك ضرورة أو مصلحة (م ١٠٠٠ مدني) : ويكون ذلك عادة إذا كان الوقف محرابا
ولا يكتفي ريعه لإصلاحه ولا يمكن استبداله ، فيكون في تحكيكه إصلاح له .

ولا يجوز التحكير إلا بإذن من المحكمة . ويجب أن يتم بعقد رسمي . ولا يجوز
أن تزيد ملته على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني) .

وعلى خلاف حق الانتفاع والاستعمال والسكنى ، فإن حق المحكر لا ينقضي
حتما بوفاة المحتكر : فإذا توفي المحتكر قبل حصول الأجل المعين للمحكر انتقل الحق إلى
ورثته . ومع ذلك ينتهي هذا الحق بوفاة المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس ، ولو كان ذلك
قبل حلول الأجل ، فالم يطلب جميع الورثة بقاء المحكر (م ١٠٠٨ مدني) :

٢٣١ - ٣ - مفروض الارتفاق :

حق الارتفاق *droit de servitude* حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره .
يملكه شخص آخر . فهو حق من شأنه أن يجعل أحد العقارين في خدمة الآخر ، بأن
يكون لصاحب العقار المرتفق أن يستعمل العقار المرتفق به على وجه معين : ومن أمثلته

حق المرور حيث يكون لصاحب العقار المرتفق أن يمر في العقار المرتفق به ، وحق المثل حيث يكون لصاحب العقار المرتفق أن يفتح نافذة مثلا على ملك جاره دون مراعاة المسافة القانونية .

وما دام أن حق الارتفاق يقرر على عقار لمصلحة عقار آخر فإنه يرتبط بالعقار لا بشخص ماله ، حيث يبقى قائما رغم تغير ملاك هذا العقار أو ذلك ، فيكون صاحبه هو من يملك العقار المرتفق . ولذلك فالأصل فيه أن يبقى ما بين العقاران المرتفق والمرتفق به ، إلا إذا كان هناك اتفاق على تأقيته بأجل معين فينتهى بانقضاء هذا الأجل . (م ١٠٢٦ مدني) .

وبلاحظ أن التقادم المسقط يرد على الحقوق المضروعة عن الملكية جميعها ، بمعنى أنها تسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . بينما لا يسقط حق الملكية بعدم الاستعمال . فتعود المالك عن مباشرته سلطاته ، مهما طال عليه الأمد ، لا يؤدي إلى فقد الملكية ؛ ولكن يفقد المالك حقه إذا أقرن عدم الاستعمال بمجازة للشئ من جانب الغير تتوفر فيها شروط التقادم المكسب ، حيث يكسب الغير في هذه الحالة الملكية بالتقادم . فتحق الملكية لا يسقط بالتقادم ، ولكنه يكسب بالتقادم كغيره من الحقوق العينية الأصلية .

٢٣٢ - ثانيا : الحقوق العينية التبعية (١) :

الحقوق العينية التبعية هي الحقوق التي لا توجد مستقلة بذاتها ، وإنما تكون تابعة لحق شخص تضمن الوفاء به ؛ ولهذا سميت بالتأمينات العينية .

ذلك أن الحق الشخصي لا يتعلق بمال معين من أموال المدين ، فحله عمل يقوم به المدين ، ولذلك لا يضمن الوفاء به إلا المالك من حق الضمان العام على أموال المدين ، لذا القاعدة أن أموال المدين جميعها صامنة للوفاء بديونه ؛ وهذا يعني أنه إذا لم يقم المدين

(١) راجع في هذا الموضوع كتابنا في التأمينات العينية .

بالوفاء الاختياري استطاع الدائن أن ينفذ بحقه على أى مال من أموال المدين كي يباع هذا المال جبرا وبقتضى الدائن حقه من الثمن ، وحق الضمان الذى للدائن عام من ناحيتين : الأولى : أن هذا الحق يشمل جميع أموال المدين وقت التنفيذ حتى ما كسبه منه بعد نشوء الدين . حيث يقتصر ضمان الدائن على ما عسى أن يكون لدى المدين من أموال وقت التنفيذ ، فلا يشمل ما قد يتصرف فيه المدين من أموال قبل هذا الوقت ، إذ أن الحق الشخصى لا ينصب على مال معين من أموال المدين كما قلنا ، ومقتضى هذا أن يكون للمدين أن يتصرف فى أى مال من أمواله دون أن يكون فى استطاعة الدائن تتبع هذا المال والتنفيذ عليه بحقه .

والثانية : أن هذا الحق مقرر لجميع الدائنين على قدم المساواة ، فهم يتساوون فيه بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم . ومقتضى هذا أنه إذا أعسر المدين ، بأن كانت أمواله غير كافية للوفاء بحقوق الدائنين جميعا ، اقتسم هؤلاء تلك الأموال قسمة الغرماء ، حيث يأخذ كل منهم من ثمنها عند التنفيذ بنسبة دينه :

ويضيق من هذا أن الدائن العادى ، وهو صاحب الحق الشخصى ، يتعرض فى استيفاء حقه لخطرین : الأول هو تصرف المدين فى أمواله دون أن يكون فى استطاعة الدائن تتبع هذا المال والتنفيذ عليه ، فقد يؤدى هذا إلى عدم تمكن الدائن من استيفاء حقه كله أو بعضه إذا لم يبق لدى المدين عند التنفيذ مال يكفى للوفاء . والثانى هو مزاحمة الدائنين الآخرين عند التنفيذ فى حالة إعسار المدين .

لذلك هيا القانون للدائن عدة وسائل لتأمينه ضد هذين للخطرین ، أهمها الحقوق العينية التبعية . فالدائن الحرص يعمل على أن يكون له حق عينية تبعية ، أى تأمين عينية ، يكفل له الحصول على دينه ، إذ أن هذا الحق يؤمن الدائن ضد خطر تصرف المدين ، حيث يخول للدائن تتبع المال الذى ورد عليه الحق إذا تصرف فيه المدين فى أى يد يكون للتنفيذ عليه . كما يؤمن الدائن ضد خطر مزاحمة الدائنين الآخرين ، حيث يجوز له التقدم فى استيفاء حقه على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التالين له فى المرتبة :

تلك هى وظيفة الحقوق العينية التبعية : فبمقتضى الحق العينية التبعية لا يقتصر

ضمان حق الدائن على ذلك الضمان العام الذى يشترك فيه مع سائر الدائنين على قدم المساواة ، بل يكون له ضمان خاص على مال معين يكفل له استيفاء دينه على النحو الذى ذكرناه : وتنوع الحقوق العينية التابعة بحسب مصدرها : ففها حقان ينشآن بالعقد ، وهما الرهن الرسمى والرهن الحيازى . وحق ينشأ بأمر من القاضى بناء على حكم ، وهو حق الاختصاص . وحقوق تنشأ بنص القانون ، وهى حقوق الامتياز : وتناولها فيما يأتى :

٢٣٣ - (١) الرهن الرسمى :

حق الرهن الرسمى *Le droit d'hypothèque* حق عيني تبعي يقرر للدائن على عقار بواسطة عقد يتم بينه وبين الراهن ، فيكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء دينه من المقابل التقضى لذلك العقار فى أى يد يكون .

فهذا النوع مع الرهن ينشأ بمقتضى عقد رسمى . وطرفا العقد هما الدائن المرتهن والراهن : فالدائن المرتهن هو صاحب الحق الشخصى الذى يضمته الرهن . والراهن قد يكون هو المدين فى الحق الشخصى ، وقد يكون شخصا آخر غير المدين يقدم عقاره لكتبره ضمانا لدين على غيره . ولا يرد هذا الرهن إلا على عقار : وفيه يبقى العقار المرهون فى يد الراهن . ولا يحتج بالرهن على الغير إلا إذا تم شهره بطريق القيد . والغير يشمل الدائنين العاديين ، كما يشمل كل من كسب على العقار المرهون حقا عينيا أصليا أو تبخيا وقام بشهره بطريق التسجيل أو القيد . فإذا تم قيد الرهن كان للدائن أن يتقدم فى استيفاء حقه من المقابل التقضى للعقار على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة أى أصحاب الحقوق العينية التابعة التى قيدت على العقار بعد قيد رهنه . كما يكون له أن يتبع العقار لينفذ عليه ويستوفى حقه على النحو المذكور ولو انتقلت ملكية العقار من الراهن إلى الغير مادام هذا الانتقال لاحقا لقيد الرهن : فهذان هما حق التقدم وحق التبع اللذان يشقان للدائن المرتهن كغيره من أصحاب الحقوق العينية التابعة .

٢٣٤ - (٢) - حق الاختصاص :

حق الاختصاص *Le droit d'affectation* حق عيني تبعي يقرر للدائن على عقار للمدين بموجب أمر يصدر من القاضي بناء على حكم بالدين واجب التنفيذ ، فيكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء دينه من المقابل النقدي لذلك العقار في أى يد يكون .

ويختلف هذا الحق عن الرهن الرسمي من حيث مصدره . فبينما ينشأ الرهن الرسمي بواسطة عقد يتم بين الدائن المرتهن والراهن ، يقرر حق الاختصاص بمقتضى أمر يصدر من القاضي . إذ يجوز لكل دائن بيده حكم بالدين واجب التنفيذ أن يحصل من القاضي على أمر بالاختصاص على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين .

وفى هذا الاختلاف فيما يتعلق بالطريقة التي يكسب بها الحق ، فإن حق الاختصاص يسرى عليه مايسرى على الرهن الرسمي من أحكام ، ويكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص الحقوق ذاتها التى للدائن المرتهن رهنا رسمياً :

٢٣٥ - ٣ - الرهن الحيازى :

حق الرهن الحيازى *Le droit de gage* حق عيني تبعي يقرر للدائن بواسطة عقد بينه وبين الراهن على شئ يسلم إليه أو إلى أجنبي ، فيكون له بمقتضاه أن يجبس الشئ لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء دينه من المقابل النقدي لذلك الشئ في أى يد يكون .

ويتفق هذا الحق مع الرهن الرسمي في أن مصدره العقد ، ولكن الحقين يختلفان من وجوه : ١ - فالرهن الرسمي يقرر بمقتضى عقد رسمي ، بينما يقرر الرهن الحيازى بمقتضى عقد رضائي . ٢ - ولا يرد الرهن الرسمي إلا على عقار ، أما الرهن الحيازى فيرد على العقار والمقتول . ومن بين المقتولات التى يمكن أن يرد عليها الرهن الحيازى الديون أى الحقوق الشخصية . ٣ - وفى الرهن الرسمي تبقى حيازة العقار الموهون للراهن ،

حينما في الرهن الحيازى تنقل حيازة الشيء للمرهون إلى الدائن أو إلى أجنبي يمينه المتماقدان. ولذلك يلزم الدائن أو الأجنبي الذى تسلم الشيء المرهون بالمحافظة عليه وإدارته واستثماره. ويكون الانتفاع بالشيء لحساب الراهن، فما يحصل عليه الدائن أو الأجنبي مع صافي الربح وما يستفيد من استعمال الشيء ينضم من الدين المضمون بالرهن. وانتقال الحيازة هذا إلى الدائن أو إلى أجنبي شرط لنفاذ الرهن في حق الغير، وذلك بالإضافة إلى شروط أخرى تختلف باختلاف الشيء المرهون. فإذا كان الشيء عقارا وجب قيد الرهن كما هي الحال في الرهن الرسمي وحق الاختصاص. وإذا كان الشيء متقولا ماديا وجب أن يكون العقد في ورقة ثابتة التاريخ. وإذا كان المرهون دينا عاديا وجب إعلان الرهن إلى المدين أو قبوله لإياه. وإذا كان المرهون دينا ثابتا في سند رسمي وجب أن يكون هناك نزول يذكر فيه أنه تم على سبيل الضمان ويؤشر به على السند ويقيد في سجلات المؤسسة التي أصدرت السند، وإذا كان الدين ثابتا في سند لذي وجب تظهير السند بما يفيد أن القيمة للضمان، وإذا كان الدين ثابتا في سند لحامله وجب أن يكون العقد في ورقة ثابتة التاريخ كما هو الشأن بالنسبة إلى المنقول للمادى. ٤ - وبالإضافة إلى حتى التقدم والتتبع اللذين يثبتان للدائن المرتهن رهنا رسميا، يثبت كذلك للدائن المرتهن رهنا حيازيا الحق في حبس الشيء المرهون في يده إلى حين استيفاء الدين. فإذا تصرف الراهن في الشيء المرهون كان للدائن المرتهن أن يتمتع عن تسليمه إلى المتصرف إليه حتى يقضى له دينه.

١٥٩ - (٤) مفروض الامتياز :

حق الامتياز Le droit de privilège حق عيني تبعي يقرر بمقتضى نص في القانون ضمانا للوفاء بدين معين مراعاة لصفته على جميع أموال المدين، أو على منقول أو عقار معين منها، فيكون للدائن بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل الثقلى لهذه الأموال :

وهذا الحق لا يقرر يعقد كالرهن، ولا يأمر من القاضي كحق الاختصاص، وإنما يقرر بمقتضى نص في القانون. حيث قدر الشارع أن ثمة حقوق معينة تحتاج إلى (٢٠ - أصول القانون)

رعاية خاصة فجعل لأصحابها حقوق امتياز لضمان الوفاء بها: وتقول المادة ١١٣٠/١ من
التنظيم المدني في هذا المعنى : « الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه
لصفته ». فهي أولوية تقرر بمقتضى نص في القانون لمصلحة دائن يثبت له حق من
نوع معين :

وتنقسم حقوق الامتياز من حيث الأموال التي ترد عنها إلى حقوق امتياز عامة ،
وحقوق امتياز خاصة :

فحقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين من منقول وعقار وتختص
هذه الحقوق بحكمين مختلفين فيما عن بقية الحقوق المبنية التبعية : حيث أنها حقوق
لا يجب شهرها ولو كان محلها عقارا . كما أنها لا تخول صاحبها حق التبع ، فلذا تصرف
المدين في مال من أمواله فلا يجوز للدائن أن يتخذ عليه . فهي تخول الدائن فحسب حق
التقدم في استيفاء دينه عند التنفيذ على ما يكون لدى المدين من أموال وقت هذا التنفيذ
ومن أمثلتها الامتياز المقرر لضمان ما هو مستحق عن سدة الأشهر الأخيرة من المبالغ
المستحقة للخدم والكتابة والعمال وكل أجير آخر من أجورهم ورواتبهم ، والمبالغ
المستحقة للموردين عما تم توريده للمدين من مأكّل وملبس ، والنفقة المستحقة في ذمة
المدين لأقاربه (م ١١٤١ مدني) .

أما حقوق الامتياز الخاصة فتد على مال معين من أموال المدين ، سواء كان هذا
المال منقولا أم عقارا ، وهي تخول الدائن حق التقدم وحق التبع . ومن أمثلة حقوق
الامتياز الخاصة الواقعة على منقول الامتياز المقرر على المنقول ضمانا للمبالغ التي صرفت
في حفظه وفيما يلزم له من ترميم (م ١١٤٠ مدني) ، وامتياز مؤجر العقار ضمانا لحقوقه
النشأة من عقد الإيجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة من منقول قابل للحجز
ومن محصول زراعي (م ١١٤٣ مدني) ، وامتياز بائع المنقول على الشيء المبيع ضمانا
للثمن وملحقاته (م ١١٤٥ مدني) . ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على
عقار امتياز بائع العقار على العقار المبيع ضمانا للثمن وملحقاته (م ١١٤٧) ، وامتياز
المقاولين والمهندسين المعموليين على المنشآت التي عهد إليهم في تشييدها أو ترميمها
أو صيانتها ضمانا للمبالغ المستحقة لهم بسبب هذه الأعمال (م ١١٤٨ مدني) .

ولانخفاض للشهر حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول . ولذلك لا يحتاج بها على الغير الذى كسب حقا على المنقول وانتقلت إليه حيازته وهو حسن النية لا يعلم بوجود الامتياز ؛ وأما حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار فالقاعدة فيها لا يحتاج بها على الغير إلا إذا تم شهرها بطريق القيد (١) ، شأنها فى ذلك شأن الرهن الرسمى .

٢٣٧ - الحقوق العينية وردت فى القانون على سبيل الحصر :

وأبنا أن الحقوق الشخصية لاتقع تحت حصر . فيجوز للأفراد أن ينفروا من أحكام الحقوق الشخصية التى نظمها القانون ، كما يمكنهم أن ينشئوا حقوقا شخصية لم ينص عليها القانون ، مادام ذلك فى حدود النظام العام والآداب :

أما الحقوق العينية فقد وردت فى القانون على سبيل الحصر : حيث لا يجوز للأفراد أن ينشئوا حقوقا عينية غير التى أحصاها القانون . ذلك أن نظام الملكية ، وهى أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقا ، يتصل بالنظام العام لتعلقه بالكيان الاقتصادى للمجتمع . ومن هذا لا يجوز الاتفاق على إنشاء حقوق عينية أصلية تقتطع من سلطات المالك على نحو لم ينظمه القانون ، لأن الشارع قد راعى فى تحديد الحقوق المقررة عن الملكية ما يجب أن يكون عليه استغلال الأشياء فى المجتمع . كما أن الحقوق العينية التبعية قد نظمها الشارع باعتبارها أساسا للالتزام ، وهذا يتصل اتصالا وثيقا بنظام المجتمع الاقتصادى :

وعليه فالقانون وحده هو الذى يحدد ما يمكن أن يكون للشخص من سلطة على الشيء ، لأن هذا يتصل بنظام المجتمع الاقتصادى ، ومن ثم يعتبر من النظام العام ، ومقتضى هذا أن تكون الحقوق العينية قد وردت فى القانون على سبيل الحصر .

(١) يستثنى من ذلك حقوق الامتياز المقابلة لفائدة المبالغ مسجلة فى الخزنة العامة ، إذ أن هذه

الحقوق لا يجب فيها القيد (م ١١٣٤ / ٢ م) .

الفرع الثالث

التفرقة بين الحق الشخصى والحق العيى وأهميتها

٢٣٨ - أساس التفرقة بين الحق الشخصى والحق العيى :

رأينا أن الحق الشخصى يتمثل فى علاقة بين شخصين ، بحيث لا يستطيع الدائن أن يباشره إلا بواسطة المدين ، ومن ثم تجتمع فيه ثلاثة عناصر أساسية هى صاحب الحق ومن عليه الحق ومحل الحق . أما الحق العيى فيتمثل فى سلطة تنصب على شئ مادى العيى ، حيث يستطيع صاحبه أن يباشره دون حاجة إلى وساطة أحد ، ومن ثم يوجد فيه عنصران أساسيان هما صاحب الحق ومحل الحق . وترجع هذه التفرقة بين الحقين إلى اختلاف المحل فى كل منهما عنه فى الآخر ، فالحق الشخصى محله عمل يقوم به المدين ، أما الحق العيى فمحله شئ مادى معين .

٢٣٩ - محاولة هدم التفرقة بين الحق الشخصى والحق العيى والرد عليها :

هذه التفرقة التى ذكرناها بين الحق الشخصى والحق العيى صياغة تقليدية سائدة منذ عهد القانون الرومانى حتى اليوم . وهى تفرقة أساسية فى القانون المدنى ، وقد رأينا برهانا واضحا عليها فى تقسيم التقنين المدنى (١) .

لكن بعض الفقهاء ، وعلى رأسهم الأستاذ بلانويول (٢) ، حاول هدم هذه التفرقة بتقريب الحق العيى من الحق الشخصى . إذ يرى هؤلاء أن الحقوق جميعها عبارة عن روابط بين الأشخاص ، لأن القانون إنما ينظم الروابط بين الأشخاص . فالحق العيى كالحق الشخصى رابطة بين أشخاص ، ولا يمكن أن يقال إنه رابطة بين الشخص والشئ ، لأن هذه الرابطة لا تقوم إلا بين شخص وآخر . ويتضح ذلك إذا حللنا الحق العيى ، فلما نجد فيه عناصر ثلاثة كالحق الشخصى ، هى صاحب الحق ومحل الحق ومن عليه

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٩ .

(٢) بلانويول ، القانون المدنى ج ١ ، فقرة ٢١٠٩ و ٢١١٠ .

الحق . وهذا العنصر الأخير الذى أغفله التعريف التقليدى للحق العيني هو التامس كافة ماعدا صاحب الحق ، وهم يلزمون بالتزام سلبى محض هو أن يمتنعوا عن كل مايعكر الحيازة المادئة التى يتمتع بها صاحب الحق . وعليه يكون الحق العيني رابطة ملزمة بين صاحب الحق ومن عداه من الناس . وهذه الرابطة التى تلزم الكافة ماعدا صاحب الحق تتضح حينما يعتدى أحد على الحق العيني ، فعينئذ يتحدد من عليه الحق ويبدو أنه قد أخل بالتزام كان واقعا عليه .

أما السلطة المباشرة على الشئ التى يقوم عليها التعريف التقليدى للحق العيني فهى مايسميه القانون بالحيازة ، والحيازة كما تكون للمالك ، وهو صاحب حق عيني ، تكون كذلك للسارق ، فكلاهما له سلطة فعلية على الشئ ، وإنما يفرق بينهما أن أحدا لا يلتزم باحترام حيازة السارق ، بينما يلتزم الناس باحترام حيازة المالك . ومرد هذه التفرقة إلى ماهتاك من علاقة ملزمة تربط الكافة بالمالك ، بينما لا يوجد شئ من ذلك بالنسبة إلى السارق . فطبيعة الحق لا تعتمد على استعمال الشئ فى ذاته ، وإنما على العلاقات التى تربط صاحب الحق بغيره من الناس .

وهذا النظر مردود من وجوه : ذلك أن الحق العيني لم يعرف بأنه رابطة بين الشخص والشئ ، محل الحق ، لأن الروابط لا تقوم حقيقة إلا بين أشخاص ، وإنما قيل . عنه إنه سلطة للشخص على الشئ . والالتزام المزعوم الذى يقع على عاتق الناس جميعا باحترام الحق العيني ليس التزاما محددًا يكون من شأنه أن يوجد رابطة معينة بين صاحب الحق وغيره من الناس ، وإنما هو الواجب العام الذى يقع على الكافة بالنسبة إلى أى حق ، والذى يوجب عليهم احترام هذا الحق : فهو من هنا موجود كذلك بالنسبة إلى الحق الشخصى . فالو أن أحدا جعل المدين فى الحق الشخصى يخل بالتزامه كان مستولا ووجب عليه التعويض ، وإنما يوجد زيادة على هذا الواجب العام فى الحق الشخصى واجبه خاص يمثل فى الالتزام الذى يقع على عاتق شخص معين هو المدين والذى يفرض عليه أن يقوم بعمل معين أو أن يمتنع عن عمل معين ، وهذا الواجب الخاص لا وجود له فى الحق العيني . ثم إن هذا الواجب العام لا يصور لإتزام الكافة به إلا بالنسبة إلى حق كامل قائم ، فهو لا يمكن إذا أن يكون من العناصر المكونة للحق العيني ، بينما التزم

المدين في الحق الشخصي عنصر لا يقوم هذا الحق إلا به . وإذا كان الاحتناء على الحق المعنى يؤدي إلى ظهور شخص معين يلتزم بالتعويض فإن هذا الشخص لا يكون مدينا في الحق المعنى ، وإنما هو مدين في الحق في التعويض ، وهذا حق شخصي يترتب لصاحب الحق المعنى المعتدى عليه وتمثل فيه الحماية القانونية للحق المعنى وغيره من الحقوق . وكون الناس يلتزمون باحترام حيافة المالك ولا يلتزمون باحترام حيافة السارق لا يرجع إلى نوع العلاقة التي تربط الحائز بالناس ، وإنما يرجع إلى أن القانون يعترف للمالك بسلطة على الشيء ولا يعترف بها للسارق ، وهذه السلطة القانونية هي الجوهر المميز للحق المعنى . وفضلا عن كل هذا فإن الواجب العام باحترام الحق المعنى وغيره من الحقوق لا يعتبر عبثا ولا يظهر عنصرا في النعمة ، ولا حصر للواجبات العامة التي تقع على عاتق كل فرد ، أما التزام المدين في الحق الشخصي فواجب خاص يكون عبثا عليه ويظهر عنصرا سلبيا في ذمته : ومقتضى هذا أن الحق المعنى لا يمثل سوى عنصر إيجابي في ذمة صاحبه ، بينما الحق الشخصي يمثل عنصر إيجابي في ذمة الدائن يقابله عنصر سلبى في ذمة المدين .

٢٤٠ - بناء التفرقة بين الحق الشخصي والحق المعنى وأهميتها :

لم يكن من شأن المحاولة التي ناقشناها الآن أن تنال من أهمية التفرقة بين الحق الشخصي والحق المعنى في قليل أو كثير . فقد وضع من مناقشنا أنها تفرقة تتصل بجوهر كل من الحقين . ولهذا كانت لها أهميتها من وجوه كثيرة نذكر منها ما يأتي :

(١) مادام الحق المعنى سلطة مباشرة على شيء فإن وجود هذا الحق يستلزم حتما نوافر الأمرين الآتيين :

الأول : أن يكون الشيء حالا ، بمعنى أن يكون موجودا . فإذا كان الشيء مستقبلا ، أى لم يوجد وقت التعاقد ، كان الحق الذى يمهّد للحصول عليه حقا شخصيا . ولذلك فإن العقود التي ترد على أشياء مستقبلية ، كبيع الحصول قبل ظهوره ، لا ننشئ سوى حقوقا شخصية محلها عمل المدين وهو إعطاء شيء . حيث يكون حق المشتري

قبل وجود الشيء المبيع حقا شخصيا . فإذا وجد الشيء المبيع ، وهو ما يتحقق حينما ينفذ البائع التزامه ، أصبح حق المشتري حقا حقيقيا .

والثاني : أن يكون الشيء معينا بالذات . فإذا كان الشيء معينا بالنوع كان الحق الذي يمهّد للحصول عليه حقا شخصيا . فإذا باع تاجر خمسين أردبا من القمح من درجة معلومة كان حق المشتري حقا شخصيا محله عمل يلتزم به البائع هو أن يقوم بفرز المبيع وتسليمه إلى المشتري . فإذا تم فرز المبيع أصبح المشتري مالكا أى صاحب حق عيني ، لأنه إذ ذاك يصين الشيء على الحق ببلاته :

(٢) يترتب على كون الحق العيني سلطة مباشرة على شيء أن يكون في استطاعة صاحبه أن يباشره على الشيء في أى يد يكون : فهو يتبع الشيء على الحق إذا انتقلت حيازته إلى شخص آخر ، حيث يتمسك بحقه ضد كل من يحوز الشيء : وهذا هو ما يقال له حق التتبع droit de suite : وهو يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق ، العينية الأصلية منها والتبعية . فالمالك الذى يخرج الشيء المملوك له من يده ، كأن يصبح في يد غاصب أو سارق ، يمكنه أن يتبع الشيء بمقتضى حقه العيني فيطالب به ضد من يحوزه . ولصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أن يباشر حقه على الشيء . ولو باع المالك الشيء إلى شخص آخر . ولصاحب حق الارتفاق أن يباشر حقه على العقار المرتفق به أيا كان الشخص الذى يحوزه . ولصاحب الحق العيني التبعى ، كالدائن المرتهن ، أن ينفذ على الشيء المحمل بالحق ولو كان الدين قد تصرف فيه إلى شخص آخر ، وقد رأينا ذلك فيما تقدم :

أما الحق الشخصى فلا يحول صاحبه حق التتبع ، إذ هو حق الدائن في مطالبة مدينه بعمل ، فهو إذا لا ينصب مباشرة على شيء مملوك للمدين ، ومن هذا لا يمكن لصاحبه أن يتبع ما يتصرف فيه المدين من أمواله . فإذا اشترى شخص مع تاجر كبة من القطن دون تعيين للقطعة المبيع ببلاته كان حق المشتري حقا شخصيا ، فإذا باع التاجر ماله من خطن إلى شخص آخر فلا يكون للمشتري الأول أن يطالب المشتري الثانى بشيء ، إذ ليس له على القطن أى حق عيني ، وإنما يقتصر حقه على مطالبة البائع : وإذا اشترى شخص من آخر عقارا قطعة أرض فلا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بالتسجيل ، أما

قبل تمام التسجيل فلا يكون للمشتري إلا حق شخص محله عمل يلزم به البائع هو أن يقوم بنقل الملكية إلى المشتري ، فإذا فرضنا أن غاصبا استحوذ على العقار قبل التسجيل فلا يكون للمشتري أن يرجع على الغاصب بدعوى استحقاق العقار ، إذ ليس له حق عيني على العقار ، وإنما يقتصر حقه على مطالبة البائع .

(٣) ويترتب على ذلك أيضا أن يأمن صاحب الحق العيني مزاحمة غيره في حلول مضمون حقه ، فهو يفضل في هذه الحلود على غيره ممن يتمسك بحق يتعارض من مع مضمون حقه . وهذا هو ما يقال له حق التقدم أو الأولوية أو الأفضلية *droit de préférence* وهو يوجد بالنسبة إلى جميع الحقوق العينية ، سواء كانت أصلية أو تبعية : فلو أن عقارا بيع لشخصين مختلفين ، غسب أحدهما إلى تسجيل عقده ، فإنه يفضل على المشتري الآخر فيحصل على العقار لأن التسجيل يجعله الكا أي صاحب حق عيني ، بينما يظل الآخر دائما شذويا ليس له أي حق على العقار يمكنه من مزاحمة المشتري الأول . وإذا قام الدائتون بالتنفيذ بمقوقهم على عقار مرهون ، فيبيع جبرا بالزاد ، كان للدائن المرتين أن يستوفى حقه من ثمن العقار قبل غيره من الدائنين الشخصيين .

أما الحق الشخصي فلا يجوز لصاحبه أفضلية ما ، لأن عمله عمل يقوم به المدين : فإذا تعدد الدائتون الشخصيون كانوا جميعا سواء بصرف النظر عن تواريخ نشوء حقوقهم ، فإذا أعسر المدين وبيعت أمواله اقتسم هؤلاء الدائتون ثمن هذه الأموال فيما بينهم قسمة غرما . وإذا تعدد الدائتون أصحاب الحقوق العينية التبعية فالأولوية بينهم تكون بحسب الأسبقية في شهر حقوقهم أو ثبوت تاريخ هذه الحقوق . وإذا اجتمع دائتون من هؤلاء وهؤلاء فالأولوية تكون لصاحب الحق العيني إطلاقا .

(٤) يختلف الحق العيني عن الحق الشخصي من ناحية المدة .

فحق الملكية ، وهو أهم الحقوق العينية وأوسعها نطاقا ، الأصل فيه أن يكون مؤبدا ، بمعنى أنه لا يحتم توقيته بزمن معين . وكذلك الحكم بالنسبة إلى حق الارتفاق ، ويرجع ذلك إلى أن هذا الحق أو ذلك يمثل في سلطة تنصب على شيء معين ، فيصح أن تظل هذه السلطة قائمة طالما كان الشيء محل الحق موجودا . غير أن القانون يحتم التوقيت بالنسبة إلى الحقوق العينية الأصلية الأخرى كما رأينا : فحق الانتفاع ينتهى حتما

بموت المتضع إن لم ينقض بانتهاه أجله قبل ذلك (م ٩٩٣ مدني) ، وحق الاستعمال وحق السكنى يسرى عليها هذا الحكم أيضا (م ٩٩٨ مدني) ، وحق الحكر لا يجوز أن يكون لمدة تزيد على ستين سنة (م ٩٩٩ مدني) . وهذا التوقيت الذي يقضى به القانون يعتبر من النظام العام ، بحيث يقع الاتفاق على مخالفته باطلا . والعلة في ذلك أن من المرغوب فيه اقتصاديا ضم مافرق من عناصر الملكية ، كي تجتمع للمالك سلطاته كاملة على الشيء . فيصبح في استطاعته أن يستقل ملكه على خير وجه .

وفيا يتعلق بالحقوق العينية التابعة فقد رأينا أنها لا توجد إلا مستندة إلى حق شخصي تضمن الوفاء به ، وبذلك تكون تابعة له فيسرى عليها حكمه . ومن ثم تكون هذه الحقوق مؤقتة كالحق الشخصي الذي تضمنه ، فتتقضى بانتهاه . فتلاحق الرهن الذي يقعد ضمانا لدين ينقض بوفاء هذا الدين .

أما الحقوق الشخصية فيتحم فيها أن تكون مؤقتة : وينطبق هذا بصفة مطلقة على هذه الحقوق جميعها . ذلك أنها تتمثل في رابطة بين شخصين تخول أحدهما مطالبة الآخر بعمل معين : والتزام المدين بهذا العمل يعتبر قيلا على حريته الشخصية ، تلك الحرية التي تعتبر من النظام العام ، ومن ثم لا يمكن لهذا القيد أن يرد عليها إلى الأبد ، بل يتعين أن يكون مؤقتا ، أي لمدة محددة لا تستغرق حياة المدين :

ومراعاة لهذا الاعتبار نصت المادة ٧٢ من قانون العمل (القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩) على أنه « إذا كان العقد غير محدد المدة جاز لكل من الطرفين إلغاؤه بعد إعلان الطرف الآخر كتابة . . . » . كما نصت المادة ٦٧٨ / ٢ مدني على أنه « إذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد . . . » . فهذه النصوص وكثير غيرها ليست سوى تطبيقا للقاعدة العامة التي توجب أن يكون الحق الشخصي لمدة معينة لا تستغرق حياة المدين .

(٥) يصح أن ترد الحيازة على الحقوق العينية الأصلية ، وكذلك الحقوق العينية التابعة التي تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق كما هي الحال في الرهن الحيازي . ولذلك يجوز أن تكسب هذه الحقوق بالحيازة أو بالتقادم .

أما الحقوق الشخصية فلا ترد عليها الحيازة . ولذلك لا يجوز أن تكسب بالحيازة أو بالتقدم . ويستثنى من ذلك الدين الثابت في سند لحامله ، حيث يأخذ حكم المقتول المادى ، فيكسبه من يحوزه بمقتضى صريح إذا كان حسن النية وقت حيازته (م ٩٧٦ مدني) .

ويرجع هذا الفارق إلى أن الحق المعنى يتمثل في سلطنة على الشيء ، فهو من هذا يقبل الحيازة . بينما يتمثل الحق الشخصي في علاقة بين شخصين ، ومن ثم لا يقبل الحيازة .

الفرع الرابع الحق المعنوى

٢٤١ - تعريف الحق المعنوى :

يراد بالحق المعنوى الملكية المعنوية (١) . فهو حق يرد على شيء معنوي أو غير مادي . فهو إما أن يرد على نتاج ذهني أيا كان نوعه ، كحق المؤلف إن كان عالما أو كاتباً على مصنفاته العلمية أو الأدبية، وإن كان فناناً في متهكراته الفنية ، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية . وإما أن يرد على قيمة من القيم التي تجتذب العملاء وتعتبر ثمرة للنشاط ، وهي تدخل في القومات المعنوية للمحل التجاري ، كحق التاجر في الاسم التجاري والعلامة التجارية وثقة العملاء . حيث تثبت لصاحب هذا الحق أبوة نتاجه الذهني أو ثمرة نشاطه ، فيكون له تبعاً لذلك أن يحتكر استغلال هذه الثمرة أو ذلك الناتج .

٢٤٢ - طبيعة الحق المعنوي والتفرقة بينه وبين الحق المادي :

يعتبر الحق المعنوي صورة خاصة للملكية ، حيث ترد الملكية هنا على شيء غير مادي ، وهنا هو الذي يفرق بين الحق المعنوي والحق المعنى من حيث الطبيعة . فالملكية باعتبارها حقاً عينياً ترد على شيء مادي معين . أما الملكية باعتبارها حقاً معنوياً فترد

(١) راجع في تفصيل هذا الموضوع كتابتنا في حق الملكية فقرة ١٩٠ - ٢٢٦ .

على شيء غير مادی . ومقتضى هذا الفارق أن تختص الملكية المعنوية بأحكام تختلف عن أحكام الملكية العادية .

وبنفس بهذا التكييف ، أى باعتبار الحق المعنوى حق ملكية ، أمران :
الأول أن الشيء غير المادى الذى يرد عليه هذا الحق يكون ثمرة لعمل صاحب الحق
الذهنى أو لنشاطه ، فهو إما أن يكون نتاجا ذهنيا أو قيمة من القيم التجارية التى تعتبر
ثمرة للنشاط ، بحيث تثبت لصاحب الحق أبوة خالصة عليه . والثانى أن هذا الحق
يجوز صاحبه احتكار استغلال ذلك النتاج أو هذه القيمة ، سواء كان ذلك بالاتضاع
أو بالتصرف .

وقد وجه إلى هذا التكييف اعتراضان : الأول أن الملكية حق مؤبد ، بينما الحق
المعنوى فى أغلب صوره ليس مؤبدا . غير أن هذا الاعتراض مردود بأن التأييد لا يعتبر
خاصة جوهرية لحق الملكية . والثانى أن المالك له أن يستأثر باستعمال ملكه والافادة
منه ، أما صاحب الحق المعنوى فلا يستطيع فى أغلب حالاته أن يستأثر بذلك . غير أن
هذا الاعتراض يرد عليه بأن الفارق مرجعه إلى طبيعة الحق المعنوى بإعتباره وراثة على
شيء معنوى لا لتحقيق الفائدة منه إلا بذبوعه بين الناس . ولهذا قلنا إننا بصدد صورة
خاصة للملكية تنفرد بأحكام خاصة .

ويلاحظ أن محل الحق المعنوى هو النتاج ذهنى أو القيمة المعنوية ، وليس الجسم
المادى الذى يظهر فيه ذلك النتاج أو هذه القيمة . فحق المؤلف مثلا يرد على المصنف ،
أى الأفكار التى يبتكرها المؤلف ، وهى شيء معنوى أو غير مادی . أما الجسم المادى
الذى تظهر فيه هذه الأفكار ، كصفحات الكتاب التى دون فيها المصنف ، أو الحجر
الذى نحت فيه التمثال ، أو اللوحة التى رسمت عليها الصورة ، أو نحو ذلك ، فليس هو
محل ذلك الحق .

٢٤٣ - أنواع الحقوق المعنوية :

تتدرج تحت الملكية المعنوية طوائف مختلفة من الحقوق المعنوية تختلف فى كمها
واختلافها يودى إلى تباين فى القواعد التى تحكم كلامها .

فهناك حقوق المؤلفين والمخترعين ، وهى التى يقال لها الحقوق الذهنية ، حيث ترد على نتاج ذهنى ، فيكون لها ناحية أدبية ترتبط بالشخص ارتباطا وثيقا ، وناحية أخرى مادية . ويعتبر مع قبيل حقوق المؤلفين حق المرسل باعتباره مؤلفا على ما جاء فى الرسالة من أفكار لها قيمتها العلمية أو الأدبية أو التاريخية أو الإخبارية بحيث يكون هناك مبرر لنشرها . فهذا الحق يعتبر ملكية معنوية تثبت للمرسل رغم ملكية المرسل إليه للرسالة باعتبارها شيئا ماديا .

وهناك الحقوق التى ترد على قيم تجارية معنوية ، وهى تدخل فى العناصر المعنوية للمحل التجارى ، ويقال لها الحقوق المتعلقة بالعملاء .

وقد اصطلح على تسمية حقوق المؤلفين على مصنفاتهم العلمية والأدبية والفنية . بالملكية الأدبية والفنية . كما اصطلح على تسمية الحقوق المتعلقة بالاختراعات ، والرسوم والنماذج ، والعلامات والبيانات التجارية ، والأسماء التجارية بالملكية الصناعية . ونقتصر فى هذا المقام على الكلام فى حق المؤلف :

٢٤٤ - حق المؤلف :

حق المؤلف droit d'auteur ، أو الملكية الأدبية والفنية ، هو عبارة عن مجموعة المزايا الأدبية والمالية التى تثبت للعالم أو الكاتب أو الفنان على مصنفه . وقد أصدر الشارع فى هذا الخصوص القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ انحصار بحماية حق المؤلف ، حيث انتهى فيه بالمبادئ التى قررتها الاتفاقات الدولية والتشريعات الحديثة . وتتاول فيما يلى بإيجاز المصنفات التى يحمى القانون مؤلفيها ، ثم نحدد مضمون حق المؤلف ، وننتهى ببيان الوسائل التى تكفل حماية هذا الحق :

٢٤٥ - أولا : المصنفات التى يحمى القانون مؤلفيها :

نصت المادة الأولى فقرة أولى من قانون حماية حق المؤلف على أنه « يشتمل بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المتكررة فى الآداب والفنون والعلوم أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تصنيفها » . ومن هنا تتبين ما هى المصنفات المتكررة ، وكيف يتحدد شخص المؤلف :

٢٤٦- (١) المصنفات المبتكرة :

ليس المقصود بالمؤلف في هذا المقام ذلك المعنى الضيق الذي ينحصر فيمن يبسط أفكاره في كتاب، وإنما يعنى كل من ينتج إنتاجا ذهنيا أيا كان نوعه . فالعالم والكاتب والمثال والرسم والمصور والموسيق والمخاضر والخطيب ، كل من هؤلاء مؤلف مادام ينطوى إنتاجه على قدر من الابتكار .

ويعتبر المخترع في حقيقة مؤلفا ، لأنه يقوم بإنتاج ذهنى يؤدي إلى خلق جديد في عالم الصناعة . وكذلك يعتبر مؤلفان يضع العلامات والبيانات التجارية ، أو يصمم الرسوم والتماذج الصناعية ، مادام ينطوى عمله على خلق جديد . لكن هؤلاء تشكل لهم بحايثهم قوانين خاصة أخرى، حيث تعتبر أعمالهم مما يدخل في نطاق الملكية الصناعية . ولا يقتصر معنى المصنف على الكتاب ، بل ينصرف إلى كل نتاج ذهنى أيا كانت طريقة التعبير عنه ، حيث يستوى أن يكون هذا التعبير بطريق الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة (٢ / ٢ من القانون المذكور) :

ومناط ثبوت حق المؤلف أن يتضمن المصنف قلنا من الابتكار ، بمعنى أن يتميز المصنف بطابع أصيل إما في الإنشاء أو في التعبير . أى يكون من شأن هذا الطابع أن يبرز شخصية المؤلف إما في مقومات الفكرة التي عرضها أو في الطريقة التي اتخذها لعرض هذه الفكرة ، حيث يستوى لتوافر عنصر الابتكار أن يأتي المؤلف بأفكار جديدة ، أو يقوم بترجمة مصنف إلى لغة أخرى أو بتحويله إلى لون آخر أو بتلخيصه أو بتحويله أو بتعديله أو بشرحه أو بالتعليق عليه بأية صورة تظهره في شكل جديد (م ٣ / ١ من القانون المذكور) .

والأعباء بأهمية المصنف : فتنى تحقق الابتكار أصبحت الحماية واجبة حتى لو كان المصنف لا يقرؤصوى العامة من الناس .

والأصل كذلك الأعباء بالعرض المقصود من التصنيف أو النشر . حيث يستوى أن يكون العرض علميا أو أدبيا أو فنيا ، أو حتى عرضا عمليا كما هي الحال بالنسبة إلى التماثيل الفلكية أو الجوية والكتالوجات التي تروج لتوع معين من البضائع . إلا أن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل ، وذلك في الحالات الآتية :

١ - الوثائق الرسمية : لا تشمل الحماية مجموعات الوثائق الرسمية كتصوص القوانين والمراسيم والقوانين والقرارات التنظيمية والانضامات الدولية والأحكام القضائية وغير ذلك من الوثائق الرسمية . إذ أن الغرض الذى من أجله صدرت هذه الوثائق ينأى بها عن أن تكون عملاً للملكية خاصة ، بل يقتضى أن تؤول بمجرد نشرها إلى الملك العام للناس . جميعاً . وذلك ما لم تكن هذه الوثائق قد دجعت وفقاً لترتيب خاص أو خلصت بحيث يظهر فيها أثر الجهود الشخصية ، إذ تصبح فى هذه الحالة جذيرة بالحماية (م ٤ من القانون المذكور) .

٢ - المقالات والأخبار الصحفية : فيما يتعلق بالمقالات الصحفية العلمية أو الأدبية أو الفنية ، وكذلك الروايات ونحوها ، لا يجوز للصحف الأخرى أو النشرات الدورية أن تنقلها إلا بموافقة مؤلفيها . إنما يجوز لهذه الصحف الأخرى أو النشرات أن تنشر خلاصات لتلك المصنفات بغير إذن مؤلفيها .

وفما يتعلق بالمقالات الصحفية الخاصة بمناقشات فى أمور عامة تشغل الرأى العام فى وقت معين ، سواء كانت هذه الأمور سياسية أو اقتصادية أو علمية أو دينية ، يجوز للصحف الأخرى أو النشرات الدورية أن تنقلها مادام لم يرد فى الصحيفة المنقول عنها ما يحرم هذا النقل صراحة .

وسواء فى هذه الحالة أو تلك فإنه يجب ذكر المصدر بصفة واضحة واسم المؤلف إن كان قد وقع مؤلفه (م ١٤ من القانون) .

ولا تشمل الحماية الأخبار اليومية والحوادث المختلفة التى لها طبيعة الأخبار العادية .

٣ - المصنفات الشفوية : الأصل أن المصنفات الشفوية ، كالخطبات والمحاضرات والخطب والمواظع ، تشملها الحماية : غير أنه يستثنى من هذا الأصل الخطب والمحاضرات والأحاديث التى تلقى فى الجلسات العلنية للهيئات والاجتماعات العامة وتكون موجهة إلى الكافة ، وكذلك المرافعات القضائية العلنية ، حيث يجوز أن تنشر أو تنقل دون إذن صاحبها ، بشرط أن يكون ذلك على سبيل الإخبار (م ١٥ من القانون) .

٢٤٧ - (٢) تحديد شخص المؤلف :

الغالب أن يكون المصنف من تأليف مؤلف واحد ، وقد يقوم أكثر من شخص بوضع المصنف بناء على تكليف من شخص آخر ، وهو ما يقال له المصنف الجماعي ، وقد يكون المصنف مشتركا :

١ - المصنف الذى يؤلفه مؤلف واحد : هذا هو القرض الغالب ، والمؤلف الحق فى أن ينشر مصنفه باسمه : كما أن له أن ينشره باسم مستعار ، أو بدون اسم . وقد أقام الشارع قرينة متضاها أن من ينشر المصنف منسوباً إليه يعتبر هو المؤلف . ويجوز إثبات عكس هذه القرينة ، فإذا قام الدليل على أن المؤلف الحقيقى شخص آخر غير الذى يحمل المصنف اسمه ثبتت لهذا الشخص حقوق المؤلف (المادة الأولى من القانون المذكور) :

٢ - المصنف الجماعي : نصت المادة ٢٧ من القانون المذكور على أن المصنف الجماعي هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعى أو معنوى . يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه وينتج عمل المشتركين فيه فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة - ويعتبر الشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفاً ويكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف : مثل ذلك أن تعهد الدولة إلى نفر من الموظفين أو من غيرهم بوضع كتاب فى قضية قومية تنشره باسمها وعلى نفقتها ، أو تعهد شركة سينمائية إلى نفر من الفنانين بعمل مصنف سينمائى تنولى عرضه .

ويلاحظ أن المحول عليه ، وفقاً للأصول العامة فى ثبوت وصف المؤلف وما يستتبعه من حقوق لشخص معين ، أن يكون هذا الشخص قد ساهم فعلاً فى خلق ذهنى جديد ، ومع ذلك فإن الشارع ، مراعاة لاعتبارات عملية ، يعطى وصف المؤلف للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى وجه ابتكار المصنف ونظمه ، بحيث يكون له وحده الحق فى مباشرة حقوق المؤلف ، كما هو صريح النص المذكور .

٣ - المصنف المشترك : هو الذى يشترك فى تأليفه شخصان أو أكثر . كأن يشترك أدبيان فى كتابة قصة روائية ، أو يقوم نفر من العلماء بوضع كتاب علمى : والمعايير

في وجود مصنف مشترك أن تكون هناك جهود تساهم في الابتكار ، بحيث تستوحى فكرة مشتركة وتنتج في تناسق إلى إخراج المصنف .

وفي ضوء هذا المعيار تنقسم المصنفات المشتركة إلى نوعين :

النوع الأول من المصنفات المشتركة يخطط فيه إنتاج المؤلفين بحيث لا يمكن فصل نصيب كل منهم وتمييزه على حدة . وفي هذه الحالة يعتبرون جميعا أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لأحد منهم أن يتفرد بمباشرة السلطات التي يخولها حق المؤلف ، بل يتعين أن يكون ذلك باتفاقهم جميعا ، فإذا وقع بينهم خلاف في هذا الشأن تولت المحكمة الابتدائية الفصل فيه . على أنه يحق لكل منهم أن يرفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف (م ٢٥ من القانون المذكور)

والنوع الثاني من المصنفات المشتركة يمكن فيه فصل نصيب كل من المؤلفين المشتركين وتمييزه على حدة . كما هي الحال في مصنفات الموسيقى الثنائية والمصنفات السينمائية ، حيث يشترك الأديب الذى يضع الشطر الأدبي والموسيقى الذى يضع الشطر الموسيقى وغيرهما . وفي هذه الحالة يكون لكل من المؤلفين الحق في استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . غير أن هذا الاستغلال يجب ألا يكون من شأنه الإضرار باستغلال المصنف المشترك . ويحق لكل منهم أن يرفع الدعاوى عند وقوع أى اعتداء على حق المؤلف ، سواء تناول هذا الاعتداء المصنف في مجموعه أو اقتصر على شطر معين فيه .

والأصل هنا ، كما في الصورة السابقة ، أنه لا يجوز لأى من الشركاء أن يتفرد بمباشرة السلطات التي يخولها حق المؤلف على المصنف في مجموعه ، بل يتعين أن يكون ذلك باتفاقهم جميعا . غير أن الشارع خرج على هذا الأصل بالنسبة إلى المصنفات الموسيقية المشتركة والمصنفات السينمائية ونحوها ، حيث جعل الأفضلية لمؤلف الشطر الأكثر أهمية ، فخوله الحق في أن يتفرد بمباشرة السلطات التي يخولها حق المؤلف على مجموع المصنف دون حاجة إلى موافقة صاحب الشطر الآخر . وذلك مع حفظ حق مؤلف الشطر الثانوى في الحصول على نصيبه في الربيع وفي نشر هذا الشطر واستغلاله مستقلا ، مادام

لا يكون هذا النشر أو الاستغلال وسيلة لمزاولة المصنف المشترك . ومن ثم ففي مصنفات الموسيقى الغنائية تكون الأفضلية لمؤلف الشطر الموسيقي ، لأنه الشطر الأهم في هذه الصورة (م ٢٩ من القانون) . وفي المصنفات التي تنفذ بحركات أو استعراضات مصحوبة بالموسيقى ونحوها تكون الأفضلية لمؤلف الشطر الموسيقي ، لأنه الشطر الأهم في هذه الصورة (م ٣٠ من القانون) . وفي المصنفات السينمائية أو للعبة للإذاعة اللاسلكية أو التلفزيون تكون الأفضلية لمؤلف السيناريو ولمن قام بتحرير المصنف الأدبي ولمؤلف الحوار والمخرج مجتمعين (م ٣٢ من القانون) :

٢٤٨ - ثانيا : مضمونه من المؤلف :

نبدأ في هذا المقام بالتنبه بطبيعة حق المؤلف وفق ما ذكرناه فيما تقدم وتحليل هذا الحق . وفي ضوء هذا التحليل نقاول الحق الأدبي للمؤلف ، ثم الحق المالي للمؤلف .

٢٤٩ - طبيعة من المؤلف وتقليد :

اتبيننا فيما تقدم إلى أن الحق المعنوي أيا كان نوعه ليس إلا صورة خاصة للملكية يرد فيها الحق على شيء معنوي . ومن ثم يعتبر حق المؤلف حق ملكية .

وبتحليل هذا الحق يتبين أن له وجهين ، أحدهما أدبي ، والآخر مالي . فهو يحول صاحبه مزايا أدبية يراد بها حماية المصنف باعتباره خلقا ذهنيا لصيقا بشخصيته ، فتكون له أبوته والميمنة عليه ، كما يحوله مزايا مالية تتيح له الاستمرار بشجرة جهده المادية ، فيكون له احتكار استغلال مصنفه .

ولا يعني هذا أن للمؤلف حقين متفصلين : فحق المؤلف حق واحد يقوم أساسا على اعتبار الخلق الذهني للمؤلف مرآة لشخصيته وصدى لها ، فهو حق غير مالي يدخل في نطاق حقوق الشخصية . وإذا كان هذا الحق يعتبر أساسا حقا أدبيا بهذا المعنى ، فليس في المنطق أو القانون ما يبي أن تكون له ناحية أخرى مالية . فخلق الأدبي والحق المالي للمؤلف ليسا حقين متفصلين ، وإنما هما سلطتان متميزتان لحق واحد . وآية ذلك

(٢١ - أصول القانون)

ما سواه من أن لكل من هاتين السلطتين أثرها البالغ على الأخرى ، بحيث يبدو الفصل بينهما تمكينا ومصطنعا : وتغليب الطابع الأدبي لحق المؤلف إنما يستند إلى حقيقة تتجلى في أن أبوة المؤلف لمصنفه باعتباره خلقا ذهنيا نابعا من شخصيته تثبت له منذ وجود المصنف وتظل إلى الأبد. بينما لا ينشأ حق المؤلف المالى على مصنفه إلا من وقت النشر ، ويكون هذا الحق موقوتا بمدة معينة ، بحيث ينتهى بانتهاء هذه المدة إذ يؤول المصنف إلى الملك العام للناس جميعا .

ولهذا نتكلم فيما يلي عن الحق الأدبي والحق المالى للمؤلف ، لا باعتبارهما حقين منفصلين ، بل باعتبارهما سلطتين متميزتين لحق واحد هو حق المؤلف .

٢٥٠ - (١) الحق الأدبي للمؤلف :

نتكلم في مضمون هذا الحق ، ثم في خصائصه :

٢٥١ - ١ - مضمونه الحق الأدبي :

تقوم الميزات التي تنطوى تحت هذا الحق على أساس وجوب حماية المصنف باعتباره خلقا ذهنيا نابعا من شخصية المؤلف . فهى تهدف إلى حماية شخصية المؤلف بحيث تعتبر في مجموعها من حقوق الشخصية. وفي ضوء هذا الاعتبار تثبت للمؤلف السلطات الآتية :

١ - تقرير نشر المصنف وتعمير طريقة هذا النشر : للمؤلف وحده سلطة تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره (م ٥ / ١ من القانون) : وسلطته في هذا الشأن مطلقة ، فهو الذى يقدر مدى صلاحية نتاجه الفخفى للنشر وأثر هذا النشر على سمعته .

وللمؤلف وحده كذلك سلطة تحديد الطريقة التى يتم بها نشر المصنف. فإذا ارتضى المؤلف أن ينشر مصنفه بطريقة معينة ، فلا يجوز للتغير أن يعاود هذا النشر أو أن ينشر بطريقة أخرى بدون إذن من المؤلف . غير أن الشارع أورد على هذه السلطة قيودا. يملها الصالح العام ، نذكر منها ما يأتى :

« فليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع إيقاعه أو تمثله أو إقامه في اجتماع عائلى أو في جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة مادام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل

مالي « (م ١/١١ من القانون) . و « لموسيقى القوات العسكرية وغيرها من الفرق التابعة للدولة أو الأشخاص العامة الأخرى الحق في إيقاع المصنفات من غير أن تلزم بدفع أى مقابل عن حق المؤلف مادام لا يحصل في نظير ذلك رسم أو مقابل مالي « (م ٢/١١ من القانون) :

و « إذا قام شخص بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره ، وذلك لاستعماله الشخصى المخص ، فلا يجوز للمؤلف أن يمنع من ذلك » (م ١٢ من القانون) .
« ولا يجوز للمؤلف بعد نشر المصنف حظر التحليلات والانتقابات القصيرة إذا قصد بها النقد أو المناقشة أو الإخبار مادامت تشير إلى المصنف واسم المؤلف إذا كان معروفا » (١٣ من القانون) .

و « يجوز للصحف أو النشرات الدورية أن تنشر مقتبسا أو مختصرا أو ياناموجزا من المصنفات أو الكتب أو الروايات أو القصص بغير إذن من مؤلفها » (م ١٤ / ٢ من القانون) . ويجب حينئذ ذكر المصدر بصفة واضحة واسم المؤلف إن كان قد وقع مؤلفه « (م ١٤ / ٤ من القانون) :

و « في الكتب الدراسية وفي كتب الأدب والتاريخ والعلوم والفنون يباح نقل مقتطفات قصيرة من المصنفات التي سبق نشرها » (م ١٧ / ١ من القانون) : ويباح في هذه الكتب كذلك « نقل المصنفات التي سبق نشرها في الفنون التخطيطية أو المجسمة أو الفوتوغرافية بشرط أن يقتصر النقل على ما يلزم لتوضيح المصنف » (م ١٧ / ١ من القانون) : « ويجب في جميع الأحوال أن يذكر بوضوح المصادر المقتول عنها وأسماء المؤلفين » (م ١٧ / ٢ من القانون) ،

« وللهيئات الرسمية المنوط بها الإذاعة اللاسلكية الحق في إذاعة المصنفات التي تعرض أو توقع في المسارح أو في أى مكان عام آخر ، وعلى مديري هذه الأمكنة تمكين هذه الهيئات من ترتيب الوسائل الفنية اللازمة لهذه الإذاعة » (م ١/٣٥ من القانون) .
وقد أوجب الشارع « على هذه الهيئات إذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ودفع تعويض عادل للمؤلف أو خلفه ولستغل المكان الذي يداع منه المصنف إذا كان لذلك مقتضى » (م ٢/٣٥ من القانون) .

ب - نسبة المصنف إلى المؤلف : للمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه مصنفه على الدوام (م ١/٩ من القانون) : ويتبقى على ذلك أن يكون للمؤلف الحق في أن ينشر مصنفه حاملا اسمه . كما يكون له أن ينشره باسم مستعار (م ٣/١ من القانون) ، أو حتى بدون اسم ، وفي هاتين الحالتين يظل له الحق في أن يعلن عن شخصيته في أى وقت مهما طال الزمن .

ج - إدخال ما يراه المؤلف من تعديل أو تحوير في مصنفه : للمؤلف وحده الحق في إدخال ما يرى من تعديل أو تحوير في مصنفه . فيكون له وحده أن يمحذ منه أو يغير فيه أو يحوله من لون من ألوان الأدب أو الفن أو العلم إلى لون آخر أو يلخصه أو يشرحه أو يعلن عليه أو يترجمه إلى لغة أخرى : ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئا من ذلك إلا بإذن كتابي منه أو بمن يخلفه (م ٧ و ١٧/٩ من القانون) :

غير أن القانون يرفع الحماية عن حق المؤلف بلغة أجنبية في ترجمة مصنفه أو الإذن بها إلى اللغة العربية بعد مضي خمس سنوات من تاريخ النشر . فقد نصت المادة ٨ من القانون للذكور على أنه « تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى في ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره في مدى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلي أو المترجم » . وتقول المذكرة الإيضاحية في تبرير ذلك إن « في هذا القيد الزمنى تغليب للمصالح العام المصرى على المصلحة الفردية للمؤلف ، وحتى يمكن دفع هذا المؤلف وحده على مباشرة هذه الترجمة في أقرب وقت معقول رعاية لمصلحة البلاد كي لا تحرم من ثمار التذكير الإنسانى في مختلف الأمم الأخرى لمدة طويلة » . وهذا في الواقع قيد خطير يجاوز الغرض المقصود منه : إذ أنه بمقتضاه تجوز ترجمة المصنفات المكتوبة بلغة أجنبية إلى اللغة العربية بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نشرها دون حاجة إلى إذن من المؤلف ودون أن يكون له الحق في أى تعويض . مع أنه كان يمكن الوصول إلى الغرض المقصود ألا يستأذن المؤلف في ترجمة مصنفه إلى اللغة العربية دون إخلال بحقه في الحصول على تعويض عادل :

د - سحب المصنف من التداول : للمؤلف أن يسحب مصنفه من التداول بعد أن تم نشره . فقد يرى أن المصنف لم يعد يتلاءم مع المستوى الفكري الذي وصل إليه ، أو الأفكار السائدة في المجتمع ، أو القيم المسلمة فيه ، أو نحو ذلك بحيث أصبح ماسا بسعته ، فيسحب من التداول ما قد يكون باقيا من نسخته :

غير أنه إذا كان المؤلف قد تصرف في حق الاستغلال المالي للمصنف فإن استعماله لسلطة السحب لا يتم إلا بحكم من المحكمة الابتدائية إذا غررت أن هناك أسبابا خطيرة تدعو إلى ذلك ، وفي هذه الحالة يجب على المؤلف أن يوضح من آل إليه حق الاستغلال (م ٤٢م من القانون) .

٢٥٢ - ٢ - خصائص الحق المؤبد :

الحق الأدبي للمؤلف حق غير مالى يتصل بشخصية المؤلف ، وإن كان يتميز عن حقوق الشخصية البحتة في أنه يعتبر عنصرا في حق المؤلف الذى يرد على المصنف ذاته . ويترتب على ذلك أن تتحدد خصائصه في ضوء معيدين الاعتبارين . فهو بمجراعاته هذين الاعتبارين لا يجوز التصرف فيه ، كما يكون مؤبدا . وباعتباره عنصرا في حق المؤلف الذى يرد على المصنف يكون قابلا للانتقال إلى الورثة في حدود معينة : وتتناول هذه الخصائص فيما يلي :

١ - عدم قابلية الحق المؤبد للتصرف : لا يجوز التصرف في الحق الأدبي للمؤلف ، إذ أن طبيعته والغلاف المقصود منه يجعلانه مما لا يجوز التماثل فيه . ولذلك نصت المادة ٣٨ من القانون المذكور على أنه « يقع باطلا كل تصرف في الحقوق المنصوص عليها في المواد ٥ فقرة أولى و ٧ فقرة أولى و ٩ من هذا القانون » . والحقوق المشار إليها في هذا النص هى على التوالي حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه ، وحقه في تعديله أو تحويره ، وحقه في نسجه إليه ، كما تنطبق القاعدة ذاتها على حق المؤلف في سحب مصنفه من التداول :

ومقتضى عدم جواز التصرف في الحق الأدبي أنه لا يجوز الحجز عليه (م ١٠ من القانون) ، لأن الحجز يؤدي إلى البيع الجبري :

ب- تأييد المحمى المؤدى : ينبنى على اعتبار الحق الأدبي من حقوق الشخصية أن يكون هذا الحق مؤبدا ، فلا يكون موقوتا بمدة معينة . حيث ينشأ بمجرد وجود المصنف ويظل قائما إلى الأبد طوال حياة المؤلف وبعد وفاته طالما كان هناك من له صفة في تمثيله . بل إن نسبة المصنف إلى المؤلف تظل على الدوام لا تسقط أبدا .

كما يدخل في معنى التأييد أن الحق الأدبي لا يسقط بعدم الاستعمال . وقد رأينا تطبيقا لذلك أنه إذا نشر المصنف باسم مستعار أو بليون اسم فإن المؤلف يظل له رغم ذلك الحق في أن يعلن عن شخصيته في أى وقت مهما طال الزمن ، فإن فعل ذلك تعين أن ينسب المصنف إليه وحده .

ج- انتقال المحمى المؤدى إلى الورثة : من الواضح أن نسبة المصنف إلى المؤلف لا تنتقل إلى الورثة ، فهي تظل للمؤلف على الدوام بعد وفاته ، غير أن بعض السلطات الأخرى التي يخولها هذا الحق تنتقل إلى الورثة في حدود معينة تجعل الورثة بمثابة حراس على تراث مورثهم الفكري (راجع المادة ١٩ من القانون) .

ففيما يتعلق بتقرير النشر بتقيد الخلف بالإرادة الصريحة التي ظهرت من جانب المؤلف . وإذا لم تظهر هذه الإرادة الصريحة قبل موت المؤلف انتقل حق تقرير النشر إلى الخلف . غير أن هذه السلطة يرد عليها قيد يقتضيه الصالح العام ، فإذا أحجم الخلف في هذه الحالة عن نشر المصنف لعجزهم أو لعدم أهليتهم أو لغير ذلك من الأسباب ، أو لم يكن هناك وراث أو خلف للمؤلف ، كان لوزير التربية والتعليم أن يحمل محل هؤلاء في مباشرة الحقوق الأدبية والمالية التي خولهم إياها القانون ، وذلك بعد استصدار أمر من رئيس محكمة القاهرة الابتدائية ومع تعويضهم تعويضا عادلا (م ٢٣ من القانون) .

وفيما يتعلق بالحفاظ على نسبة المصنف إلى المؤلف وعلى بقاء المصنف بحالته التي أرادها دون حذف أو تغيير ودفع أى اعتداء على هذا الحق أو ذلك يثبت للخلف سلطة

كاملة ، إذ في هذا النطاق تتجلى مهمة الخلف في حماية فكرة المؤلف في كتبها وفي الشكل الذي أراده لها .

أما فيما يتعلق بإدخال تعديل أو تحوير على المصنف فقد خول الشارع الخلف سلطة إدخال ما يرون من تعديل أو تحوير على المصنف دون قيد ، غير أن إثبات هذه السلطة الخطيرة للخلف دون قيد يؤخذ عليه أنه يجاوز القدر الذي تقتضيه وظيفة الحق الأدبي ومهمة الخلف وفقا لما تتطلبه هذه الوظيفة : ذلك أن هذا الحق الذي كان يحول المؤلف سلطات مطلقة يصعب في يد الورثة أداة تنحصر وظيفتها في تحقيق غرض معين ، هو حماية فكرة المؤلف ، بحيث يحافظون على المصنف من كل تشويه أو تحريف .

وأخيرا فيما يتعلق بسحب المصنف من التداول تكون العبارة بإرادة المؤلف : فإذا كان المؤلف قد أوصى بالسحب في ظرف معين نفذ الخلف هذه الرغبة : وإذا لم تكن ثم وصية بذلك فليس للخلف أن يباشر هذه السلطة ، لأن إرادة المؤلف حينئذ أن يبقى مصنفه منشورا .

٢٥٣ - (٢) الحق المالي للمؤلف :

نتكلم في مضمون هذا الحق ، ثم في خصائصه .

٢٥٤ - ١ - مضمونه الحق المالي :

للمؤلف وحده الحق في أن يستغل مصنفه ، ولا يجوز لغيره أن يباشر هذا الحق إلا بإذن كتابي منه (م ٢/٥ من القانون) . فهذا الاستغلال قد يقوم به المؤلف نفسه ، أو يقوم به الغير الذي ينزل له المؤلف عن حقه في الاستغلال في نظير بمقابل معين : وكما تكون طريقة الاستغلال بنشر المصنف بآلاته الأصلية ، قد تكون كذلك ترجمته أو تحويله من لون إلى لون أو تحويره ونشره في صورته الجديدة .

ويستوى لثبوت حق المؤلف في الاستغلال أن يكون نشر المصنف بطريق

الأداء العلني ، أو يكون بطريق عمل نماذج ، وذلك أيا كانت الوسيلة التي اتخذت في هذا الطريق أو ذاك (م ٦ من القانون) .

والنشر بطريق الأداء العلني هو ، كما تقول المادة المشار إليها : « نقل المصنف إلى الجمهور مباشرة بأية صورة وخاصة بإحدى الصور الآتية : التلاوة العلنية ، أو التوقيع الموسيقي ، أو التمثيل المسرحي ، أو العرض العلني ، أو الإذاعة اللاسلكية للكلم أو للصوت أو للصور ، أو العرض بواسطة الفانوس السحري أو السينما أو نقل الإذاعة اللاسلكية بواسطة مكبر الصوت أو بواسطة لوحة التليفزيون بعد وضعهما في مكان عام » .

والنشر بعمل نماذج هو ، كما تقول المادة المشار إليها ، « نقل المصنف إلى الجمهور بطريقة غير مباشرة بنسخ صور منه تكون في متناول الجمهور . ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافي أو الصب في قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافي أو السينمائي » :

٣٥٥ - ٢ - خصائص الحق المالي :

فلنا فيما تقدم إن الحق الأدبي والحق المالي للمؤلف ليسا في حقيقةهما حقين منفصلين ، وإنما هما سلطتان متميزان لحق واحد . وتتميز الميزات التي ينطوي عليها الحق المالي بعدة خصائص ، يرجع بعضها في وجوده إلى الطابع المتغلب للحق الأدبي ، ويتأثر البعض الآخر في مداه بهذا الطابع . وتتناول هذه الخصائص فيما يلي :

١ - التعرف في الحق المالي : الحق المالي للمؤلف ، وهو عبارة عن حق الاستغلال المالي للمصنف ، يجوز التصرف فيه بنقله إلى شخص آخر (م ٣٧/١ من القانون) ، شأنه في ذلك شأن جميع الحقوق المالية :

وقد يشمل التصرف الحق المالي بأكمله ، أو يكون تصرفا جزئيا كأن يكون قاصرا على بعض طرق الاستغلال أو موقوتا بمدة معينة أو محدودا بمكان معين . كله

أنه قد يكون معاوضة أو تبرعا ، وإذا كان معاوضة فقد يكون العوض فيه مبلغا جزائيا أو نسبة معينة من الإيراد (م ٣٩ من القانون) .

ويستوى لجواز التصرف أن يكون المؤلف قد أتم تأليف مصنفه ، أو يكون في سبيل إتمامه ، أو لم يكن قد بدأه بعد ، إذ القاعدة هي جواز التعامل في الأشياء المستقبلية (م ١٣ / مدني) ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

غير أنه لا يجوز للمؤلف أن يتصرف في مجموع إنتاجه الفكري في المستقبل : فقد نصت المادة ٤٠ من القانون المذكور على أنه « يعتبر باطلا تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكري في المستقبل » . حيث راعى الشارع أن مثل هذا التصرف يؤدي إلى تقييد حرية المؤلف لما ينطوي عليه من مساس بحق يتصل بشخصيته :

وقد نصت المادة ٣٧ فقرة ثانية من القانون المذكور على الشروط اللازمة لقيام التصرف ، فقالت إنه « يشترط لتمام التصرف أن يكون مكتوبا وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون على التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه » ، وذلك حتى لا توضع في القيد شروط مجملة غامضة تكون مجحفة بالمؤلف :

وإذا كان الحق الأدبي يبقى للمؤلف رغم تصرفه في الحق المالى ، إلا أن هذا التصرف يؤدي إلى الحد من بعض السلطات التي يخولها الحق الأدبي : وذلك فيما يتعلق بسلطة المؤلف في سحب مصنفه من التداول أو إحداث تعديل فيه : إذ أن استعمال المؤلف لهذه السلطة بعد تصرفه في حق الاستغلال يجب أن تدعو إليه أسباب خطيرة ، وهذه الأسباب يقدرها القاضي بحيث لا يجوز للمؤلف سحب المصنف من التداول أو إحداث تعديلات جوهرية فيه إلا إذا حصل على حكم بذلك من المحكمة الابتدائية المختصة : فإذا رأَت المحكمة ذلك وجب على المؤلف أن يعرض التصرف إليه تعويضا عادلا تقدره المحكمة . كما يجب أن يبلغ هذا التعويض مقدما في غضون أجل تحدده المحكمة ، فإذا لم يتم ذلك زال كل أثر للحكم ، بحيث يتمتع على المؤلف حينئذ أن يسحب مصنفه أو يعدله فيه (م ٤٢ من القانون) .

ب - عزم قابلية الحق للملك : نصت المادة ١٠ من القانون المذكور على أنه « لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، وإنما يجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره . ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يموت صاحبها قبل نشرها مالم يثبت بصفة قاطعة أنه استهدف نشرها قبل وفاته » .

فلا يجوز الحجز على حق المؤلف حال حياته ، سواء كان هذا الحق هو الحق الأدبى أو حق الاستغلال المالى : ذلك أن الحق الأدبى حق غير مالى يتصل بشخصية المؤلف ، ومن ثم يكون غير قابل للتصرف فيه أو الحجز عليه كما قلنا . وحق الاستغلال ، رغم كونه حقاً مالياً يجوز التصرف فيه ، فإن الحجز عليه لا يكون مجدياً ، لأن الاستغلال لا يتحقق إلا بنشر المصنف على الجمهور ، وقد عرفنا أن سلطة تقرير النشر تثبت للمؤلف وحده باعتبارها إحدى عناصر الحق الأدبى فلا تقبل الانتقال إلى الغير . وينبئ على ذلك أن دائئ المؤلف لا يجلبهم توقيع الحجز على حق الاستغلال ، لأن من يرمو عليه المزدان يصبح فى وسعه أن يقوم بالاستغلال إلا إذا قرر المؤلف نشر مصنفه .

أما إذا نشر المؤلف مصنفه فإنه يجوز الحجز على ما يكون موجوداً من نسخ : حيث لا يرد الحجز فى هذه الحالة على حق الاستغلال ، وإنما يرد على أشياء مادية هى النسخ التى دون أو تمثل فيها المصنف .

وإذا مات المؤلف قبل أن يقرر نشر مصنفه فلا يجوز الحجز على حق الاستغلال المالى إلا إذا ثبت بصفة قاطعة أن المؤلف أراد النشر قبل وفاته . إذ أن الخلف فى هذه الحالة لا يستطيعون أن يقرروا عدم النشر فيجعلوا الحجز غير مجد .

ج - ترقية الحق المالى : الحق المالى للمؤلف حق مؤقت بطبيعته : فاجعل للمؤلف حق استغلال مصنفه إلا لى يحصل على مقابل يكافئ الجهد الذهنى الذى بذله وحتى يتوفر له الحافز الشخصى على الإنتاج . ويكفى فى ذلك أن يكون احتكار الاستغلال للمؤلف طول حياته ولورثته بعد وفاته لمدة معقولة . فبعد انقضاء هذه المدة يصبح

المصنف جزءا من الثروة الفكرية للمجتمع البشرى ؛ وحينئذ يستطيع أى شخص أن يقوم بنشر المصنف دون حاجة إلى إذن بذلك من الورثة ودون الالتزام بدفع تعويض لهم : والقاعدة العامة فى هذا الصدد أن ينقضى حق الاستغلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف (م ٢٠ / ١ من القانون) . وتنطبق هذه القاعدة ، فتحسب مدة الخمسين سنة من تاريخ وفاة المؤلف ، حتى لو كان المصنف لم ينشر إلا بعد وفاته . وإذا كان المصنف مشتركا تحسب هذه المدة من تاريخ وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين فى تأليفه (م ٢٠ / ٢ من القانون) : وتنطبق هذه القاعدة حتى لو كان المصنف المشترك لم ينشر إلا بعد وفاة جميع المشتركين فى تأليفه .

وترد على هذه القاعدة الاستثناءات الآتية :

الاستثناء الأول يتعلق بالمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى يقتصر الأمر فيها على نقل المناظر الطبيعية . حيث تكون مدة الحماية فيها خمس عشرة سنة فحسب ، وتحسب هذه المدة من تاريخ أول نشر للمصنف (م ٢٠ / ١ من القانون) :

والاستثناء الثانى يتعلق بنوعين آخرين من المصنفات تبدأ مدة الحماية بالنسبة إليهما ، وهى خمسون سنة ، من تاريخ نشر المصنف : النوع الأول يشمل المصنفات المملوكة للأشخاص الاعتبارية (م ٢٠ / ٢ من القانون) ، إذ أن طبيعة الشخص الاعتبارى تأبى أن تسرى عليه ذات القاعدة الخاصة بالشخص الطبيعى . والنوع الثانى يشمل المصنفات التى تنشر بدون اسم المؤلف أو باسم مستعار : ففى هذه الحالة إذا ظل المؤلف مسترا طوال مدة خمسين سنة من تاريخ نشر مصنفه انقضى حق الاستغلال بمضى هذه المدة . أما إذا كشف عن شخصيته قبل انتهاء هذه المدة فإن القاعدة العامة هى التى تنطبق حينئذ ، حيث تحسب المدة من تاريخ وفاته (م ٢١ من القانون) :

وفى جميع الأحوال التى تحسب مدة الحماية فيها من تاريخ النشر تكون العبرة بتاريخ أول نشر للمصنف ، فلا يعتد بتاريخ إعادة النشر : وإذا كان المصنف مكونا من عدة أجزاء نشرت فى أوقات مختلفة اعتبر كل جزء منها مصفا على حدة ، بحيث تحسب مدة الحماية بالنسبة إلى كل جزء مستقلا عن غيره من الأجزاء (م ٢٤ من القانون) ،

د - انتقال الحق المالى إلى الورثة : يثبت الحق المالى للمؤلف طول حياته، وينتقل بعد وفاته إلى ورثته وفقا للقواعد التى ينتقل بها أى مال آخر من أموال تركته مع مراعاة المدة التى يحددها القانون لقيام هذا الحق (م ١٨/١ من القانون) .

وكما ينتقل الحق بعد وفاة المؤلف بالميراث ، فإنه ينتقل كذلك بالوصية . والقاعدة فى الموصى به أن « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة » . وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة إلا إذا أجازها الورثة » (م ٣٧ من قانون الوصية) . ولكن المادة ١٨ فقرة ثانية من قانون حماية حق المؤلف أوردت حكما استثنائيا فى هذا الخصوص فقالت : « ومع ذلك يجوز للمؤلف أن يعين أشخاصا بالذات من الورثة أو غيرهم ليكون لهم حقوق الاستغلال المالى المشار إليه فى الفقرة السابقة ولو جاوز المؤلف فى ذلك القدر الذى تجوز فيه الوصية » ، وبذلك يجوز للمؤلف أن يوصى بحق استغلال مصنفه إلى من شاء من الورثة أو من غيرهم ، وتنفذ وصيته هذه كلها فى حق الورثة ولو زادت قيمتها على ثلث التركة :

وإذا كان المصنف مشتركا ، ومات أحد المؤلفين المشتركين فى تأليفه دون أن يكون له خلف من وارث أو موصى له ، فإن نصيبه يؤول إلى المشتركين الآخرين أو خلفهم ، ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك (م ١٨ / ١ من القانون) :

٢٥٦ - ثالثا : وسائل حماية حق المؤلف :

نظم الشارع فى قانون حماية حق المؤلف الإجراءات التحفظية التى تتخذ فى هذا الخصوص ، ووضع بعض القواعد الخاصة بالجزاء المدنى ، ونظم الجزاء الجنائى :

٢٥٧ - (١) إجراءات التحفظية :

نظمت المادة ٤٣ من القانون المذكور الإجراءات التحفظية التى يجوز اتخاذها حفاظا لحق المؤلف إلى أن يتم الفصل فيها يكون قد وقع على هذا الحق من اعتداء ، فنصت على أن لرئيس المحكمة الابتدائية « بناء على طلب المؤلف أو من خلفه ، وبمقتضى

أمر يصدر على عريضة ، أن يأمر بالإجراءات التالية بالنسبة إلى كل مصنف نشر أو عرض بدون إذن كتابي من المؤلف أو ممن يخلفه بالخالف لأحكام المواد ٦ و ٧قرة أولى من القانون :

١ - إجراء وصف تفصيلي للمصنف .

٢ - وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته .

٣ - توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو نسخه ، سواء كانت كتاباً أو صوراً أو رسومات أو فوتوغرافيات أو أسطوانات أو ألواحاً أو تماثيل أو غير ذلك ، وكذلك على المواد التي تستعمل في إعادة نشر هذا المصنف أو استخراج نسخ منه إذا كانت هذه المواد لاتصلح إلا لإعادة نشر المصنف .

إنما لا يجوز ، بمقتضى المادة ٤٦ من القانون المذكور ، الحجز على المباني بقصد المحافظة على حقوق المؤلف المعارى الذى تكون تصميماته ورسومه قد استخدمت في إنشائها على وجه غير مشروع . إذ أن تلك المباني ليست في حقيقتها نسخاً من هذه التصميمات أو الرسوم .

٤ - إثبات الأداء العلني للمصنف أمام الجمهور بإيقاعه أو تمثيله أو إلقاءه ومنع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلاً .

٥ - حصر الإيراد الناتج من النشر أو العرض بحصة خبير يتدب لذلك إذا اقتضى الحال وتوقيع الحجز على هذا الإيراد في جميع الأحوال :

ولرئيس المحكمة في جميع الأحوال أن يأمر بتدب خبير لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ . كما أن له أن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة ، بحيث لا ينفذ الاجراء الذى أمر به إلا إذا تم هذا الإيداع .

ويجب على الطالب أن يرفع أصل النزاع إلى المحكمة المختصة في خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدور الأمر ، فإذا لم يرفع في هذا الميعاد بطلت تلك الاجراءات وزال كل أثر للأمر .

كما تناولت المادة ٤٤ من القانون المذكور التظلم من الأمر الذى يصدر من القاضي وفقاً للنص السابق .

٢٥٨ - (٢) الجزاء المردى :

إذا وقع اعتداء على حق المؤلف كان له ، وفقا للقواعد العامة ، أن يطلب إزالة هذا الاعتداء ، كما له أن يطلب التعويض عما لحقه من ضرر .

ففي خصوص إزالة الاعتداء على حق المؤلف ، أجازت المادة ٤٥ من القانون المذكور للمحكمة المطروح أمامها أصل النزاع ، بناء على طلب المؤلف أو من يقوم مقامه ، أن تأمر بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذى يعتبر نشره اعتداء على هذا الحق أو تأمر بتغيير معلما أو جعلها غير صالحة للعمل ، وكذلك المواد التى استعملت فى نشر المصنف بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر . وذلك كله على نفقة الطرف المسئول .

على أنه تستثنى من هذه القاعدة التى تجيز للمحكمة الحكم بالاتلاف أو تغيير المعالم حالات ثلاث : إحداهما يكون الاستثناء فيها جزائيا ، والآخر بأن يكون الاستثناء فيها وجوبيا :

١ - فإذا كان حق المؤلف سينقضى بعد فترة تقل عن سنتين من تاريخ صدور الحكم جاز للمحكمة ، بدلا من الحكم بالاتلاف أو تغيير معالم نسخ المصنف أو صورهِ والمواد التى استعملت فى نشرهِ ، أن تكفى بالحكم بالتعويض مع تثبيت الحجز التحفظى على تلك الأشياء وفاء لهذا التعويض . غير أنه يجب ألا يترتب على استعمال المحكمة لهذه الرخصة إخلال بحقوق المؤلف الأدبية ، فإذا كان هناك ثمة إخلال من وراء ذلك وجب على المحكمة الحكم بالاتلاف أو تغيير المعالم (م ١/٤٥ من القانون) :

٢ - وإذا كان مضمون الاعتداء على حق المؤلف هو ترجمة مصنفه إلى اللغة العربية على خلاف ما تنص به المادة الثامنة من القانون ، أى ترجمته بدون إذن المؤلف خلال المدة التى يحمى فيها حقه فى هذه الترجمة وهى خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف ، فلا يجوز الحكم بالاتلاف أو تغيير المعالم ، بل يجب أن يقتصر الحكم على القضاء للمؤلف بالتعويض وتثبيت الحجز التحفظى على المصنف المترجم وقام لهذا التعويض (م ٢/٤٥ من القانون) :

٣ - وإذا اعتدى على حق المؤلف المعارى بأن استعملت تصميماته ورسومه في إنشاء بيان على وجه غير مشروع ، فلا يجوز الحكم باتلاف هذه المبانى ، بل يقتصر الحكم على القضاء بالتعويض : حيث قدر الشارع أن إقامة المبانى تكبد من النفقات الباهظة ما يجعل الحكم بهما مجحفاً إجحافاً شديداً بالمخالفة فضلاً عن منافاته للصالح العام . وقد رأينا فيما تقدم أن هذه المبانى لا يجوز كذلك توقيع الجزاء عليها (م ٤٦ من القانون) :

وفي خصوص التعويض ، قررت المادة ٤٥ فقرة ثالثة من القانون المذكور امتيازاً للدين الناشئ للمؤلف عن حقه في التعويض على صافي ثمن بيع الأشياء والمبالغ المحجوزة .

٢٥٩ - (٣) الجزاء الجنائى .

استكمل الشارع في قانون حماية حق المؤلف هذه الحماية على نحو فعال بتقرير جزاء جنائى . حيث نصت المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه يعتبر مكوناً لجريمة التقليد ويعاقب عليها بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على مائة جنيه كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية :

١ - من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها في المواد ٥ و ٦ و ٧ فقرة أولى وثالثة من القانون : ويراد بهذا من يقوم بدون إذن المؤلف بنشره المصنف واستغلاله ، أو بإحداث تعديل فيه .

٢ - من باع مهيناً مقلداً أو من أدخل في القطر المصرى دون إذن المؤلف أو من يقوم مقامه مصنفات منشورة في الخارج وتشملها الحماية التى يفرضها هذا القانون ،

٣ - من قلدى مصر مصنفات منشورة في الخارج ، وكذا من باع هذه المصنفات أو صورها أو تولى شحنها إلى الخارج :

وفي حالة العود يحسم على الجاني بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور وبغرامة لا تزيد على ثلاثمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين . كما يجوز للمحكمة في حالة العود

الحكم بخلق المؤسسة التي استغلها المقلدون أو شركائهم في ارتكاب فعلهم لمدة معينة أو نهائياً.

ويجوز للمحكمة أن تقضي بمصادرة جميع الأدوات المخصصة للتشريع غير المشروع الذي وقع المخالفة لأحكام المواد ٧٦ و٧٧ وقرة لوى وثالثة التي لاتصلح إلا لهذا التشريع وكذلك بمصادرة جميع النسخ المقلدة .

كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم في جريدة واحدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه.

الباب الثالث

أركان الحق

٢٦٠ - بيانه أركانه الحق :

تبين لنا من تعريف الحق أن جوهر الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون ، ومن ثم تكون الأركان التي يقوم عليها الحق ثلاثة : الأول هو الشخص الذى تثبت له تلك القيمة ، وهذا هو صاحب الحق . والثاني هو العمل أو الشيء الذى تتمثل فيه تلك القيمة ، وهذا هو محل الحق . والثالث هو الواقعة التى يعتبرها القانون منشئة لذلك الثبوت ، وهذه هى مصدر الحق :

غير أن الحق إذا نشأ فانه يتفصل عن مصدره ، ويصبح قوامه ركنين فحسب ، هما الشخص صاحب الحق ومحل الحق . ولهذا تقتصر فى ذلك الباب على دراسة أشخاص الحق ، ومحل الحق . أما مصادر الحق وما يتصل بها فهى موضوع الباب التالى .

الفصل الأول

الأشخاص

٢٦١ - تعريف :

الشخص فى غير المجال القانونى هو الإنسان . أما الشخص *la personne* ou *sujet de droit* فى نظر القانون فهو كل كائن صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فهو يشمل الإنسان ، ويقال له الشخص الطبيعى . كما يشمل جماعة من الأفراد

أو مجموعة من الأموال يسبغ عليها القانون الشخصية للقانونية فتصبح شخصا اعتباريا أو معنويا *personne morale* . ولا يشترط ثبوت وصف الشخص لكان من معين أن تتوفر له الصلاحية لكسب جميع الحقوق ، والالتزام بجميع الواجبات ، بل يكفي لذلك أن تتوفر الصلاحية لكسب حق واحد :

ومن ثم تكون الشخصية القانونية صلاحية كائن معين لأن تكون له حقوق وعليه واجبات : فهي وصف لا يوجد إلا كاملا ، بمعنى أنها تثبت للشخص ولو لم تتوفر له الصلاحية إلا لكسب حق واحد :

ومن هنا تتميز الشخصية عن أهلية الوجوب . فكلاهما صلاحية تتوفر للشخص . لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات ، حتى قيل إن أهلية الوجوب هي الشخصية ذاتها . ومن المسلم أن أهلية الوجوب يراد بها تلك الصلاحية ، وأنها بهذا المعنى لا توجد إلا لكان تتوفر له الشخصية القانونية . غير أنهما مختلفان في أن الشخصية تعبر عن وصف مجرد لا يقبل التقصان ، فهي توجد كاملة بصرف النظر عما يمكن للشخص أن يكسبه من حقوق . أما أهلية الوجوب فتعبر عن مدى ما تتوفر للشخص من صلاحية في هذا الخصوص . فبقدر ما يستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق أو يتحمل به من واجبات تكون أهلية الوجوب لديه ، بحيث يمكن أن توجد كاملة أو ناقصة .

ويتبين من هذا أن الشخص في نظر القانون يشمل الشخص الطبيعي ، كما يشمل الشخص الاعتباري : فتتكلم عنهما فيما يلي :

الفرع الأول

الشخص الطبيعي

٣٦٢ - تعريفه :

الشخص الطبيعي هو الإنسان . وقديما لم يكن للرقيق شخصية قانونية ، حيث كان لسيده عليه حق ملكية ، فهو والجناد في هذا سواء . أما اليوم فكل إنسان له شخصية قانونية :

والحيوان ليست له شخصية : والقوانين التي تفرض على الانسان الرفيق بالحيوان لا تلتحق من هذا الالتزام حقاً للحيوان ، وإنما أساسها فكرة أخلاقية وهدفها مصلحة الإنسان نفسه .

وقد رأينا أن ثبوت الشخصية لكائن معين يكفى فيه أن تتوفر الصلاحية ولو لكسب حق واحد . ومن ثم تثبت الشخصية للإنسان بصرف النظر عما يمكن أن يكسبه من حقوق أو يلتزم به من واجبات . كما لا يشترط لثبوت الشخصية أن تتوفر للإنسان القدرة الإرادية لكسب حق أو لتحمل بواجب . فهي تثبت للطفل غير المميز والمحنون رغم كونهما فاقدى الإرادة لانعدام التمييز .

ومن هذا نقسم كلامنا في هذا الخصوص إلى ثلاثة مباحث ، تناول فيها مدة الشخصية ، ثم خصائصها المميزة لها ، ثم أهلية الأداء التي تقوم على مدى مايتوفر للشخص من قدرة إرادية مباشرة التصرفات القانونية .

المبحث الأول

مدة الشخصية

٣٦٣ - أولاً : بدء الشخصية :

نصت المادة ٢٩ فقرة أولى من التقنين المدني على أنه : تبدأ شخصية الإنسان بنهاج ولادته حياً . : : : فيشترط لكي تبدأ شخصية الإنسان شرطان : الأول أن تتم ولادته . ويتحقق ذلك بانفصاله عن أمه انفصالاً تاماً ، فلا يكفى خروج جزء منه ولو كان أكثره . والثاني أن تتحقق حياته عند تمام الولادة ، ولو مات أثر ذلك مباشرة . فقبل تمام ولادة الإنسان لا تتأكد شخصيته : وإذا ولد ميتاً اعتبر كأنه لم يكن .

وهذا الحكم يطابق الرأى السائد في الفقه الإسلامى ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة : مالك والشافعى وأحمد . وبه أخذ قانون الموارث (م ٤٣) وقانون الوصية (م ٣٥) ، وهو يخالف مذهب الإمام أبى حنيفة الذى جرى عليه العمل قبل ذلك ، وفيه تنهت الشخصية للمولود فيرث إذا خرج أكثره حياً ولو مات قبل أن يتم خروج باقيه :

وعليه إذا ولد الجنين ميتا لا تثبت له الشخصية ، سواء كان موته طبيعيا ، وهذا واضح ومتفق عليه ، أو كان بفعل فاعل ، وهذا مذهب الأئمة الثلاثة الذى أخذ به القانون . فإذا ضرب رجل امرأة حبل فأسقطت جنينا ميتا اعتبر كأنه لم يكن . والحكم فى هذه الحالة الأخيرة يخالف مذهب الإمام أبى حنيفة الذى يرى فيها أن الجنين قد ولد حيا حكما فتثبت له الشخصية ،

ويكفى أن يولد الجنين حيا حتى تثبت له الشخصية : ولكن القانون الفرنسى يشترط زيادة على ذلك أن يكون الجنين قابلا للحياة ، أى أن تتوفر له جميع الأعضاء التى تجعل حياته أمرا ممكنا . وهذا شرط لا يتطلبه القانون المصرى ، وهو على حق فى ذلك ، إذ يعلم فى كثير من الأحيان التثبت من هذه القابلية مما يؤدى إلى كثير من المنازعات .

وتعلم حياة المولود بأعراض ظاهرة للحياة ، كالبكاء والصراخ والشهيق . فإن لم يثبت شيء من ذلك كان للقاضى الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء .

٣٦٤ - الجنين (الحمل المستكن) :

بعد أن ذكرت المادة ٢٩ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى أن شخصية الإنسان تبدأ بنام ولادته حيا ، أضافت فى فقرتها الثانية قولها : « ومع ذلك فمحتوق الحمل المستكن يعينها القانون » :

وقد كان السائل ، سواء فى فقه الشريعة الإسلامية أو فى فقه القانون الوضعى ، أن للجنين أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب طائفة من الحقوق فحسب . فله الحق فى ثبوت نسبه من أبيه ، وفى الميراث من مورثه (٤٢م-٤٤م من قانون الموارث) ، وفى استحقاق ما أوصى له به (٣٥ و ٣٦ من قانون الوصية) ، وفى استحقاقه من غلة الوقف الذى هو من مستحقه . ومفاد هذا أن الجنين لا يكون صالحا لأن تنقرر فى ذمته التزامات . وفيما يتعلق بالحقوق لا يكون صالحا لأن يكسب منها إلا تلك التى تثبت لمن توجه إليه دون حاجة إلى صدور قبول منه . فالإقرار بالنسب والوصية والوقف من التصرفات الانفرادية التى تتم بإرادة واحدة ، والإرث واقعة قانونية بمقتضاها يمتلك

الوارث أموال التركة بقوة القانون . أما التصرفات التي يلزم لاتعاقدها قبول من توجه إليه فلا يكون الجنين أهلاً لكسب الحقوق منها ، لأن القبول لمن ليس أهلاً لا يكون إلا من الولي ، والولاية لا تكون إلا بعد الولادة . وبذلك لاتصح الهبة للجنين ، لأنها عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول . كذلك لا يصح البيع له ، لأنه بالإضافة إلى ذلك ، لا يكون صالحاً للالتزام .

ولكن القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ انخلص بأحكام الولاية على المال ينص على تعيين وصي للجنين : فقد نصت المادة ١/٢٨ منه على أنه « يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ، ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣ » : ونصت المادة ٢٩ منه على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصي مختار تعيين المحكمة وصياً : ويبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره » . كما ينص قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أن الوصية للجنين يكون قبولها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة الحسبية : فقد نصت المادة ١/٢٠ منه على أنه « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي . فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أوردتها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة الحسبية » :

وعلى أساس هذه النصوص في القانون الوضعي ذهب فريق من الفقه إلى أن الهبة تصح للجنين ، حيث يجوز أن يختار المتبرع للجنين وصياً له يقبل الهبة عنه : ومن ثم تتوفر للجنين الصلاحية لكسب ما هو نافع له نفعاً محضاً دون تفرقة بين ما يشترط القبول لثبوته وما لا يشترط . كما أن مقتضى هذا أن تتوفر للجنين كذلك الصلاحية لتحمل الالتزامات التي تنشأ عن إدارة أمواله أو سببها : وهذا هو الرأي السليم . ولا يصح الاعتراض على هذا بأن وصي الجنين هو مجرد أمين للمحافظة على ماله ، فالنصوص التي ذكرناها صريحة في أن لهذا الوصي الولاية على مال الجنين وله قبول الوصية أوردتها .

ويخلص من كل ما تقدم أن شخصية الإنسان تبدأ من وقت الحمل ، وتكون للجنين أهلية وجوب قاصرة على صلاحيته لكسب الحقوق النافعة نفعاً محضاً وتحمل

الالتزامات التي تنشأ عن إدارة أمواله أو بسببها . إنما لا يتأكد وجود هذه الشخصية إلا من وقت تمام ولادة الانسان حيا . فثبوت الشخصية القانونية للجنين ليس من قبيل الاستثناء كما يفهم من ظاهر نص المادة ١/٢٩ مدني التي تقدم ذكرها ، وإنما يكون متوقفا على ولادته حيا : فإذا ولد الانسان حيا اعتبر شخصا من وقت الحمل ، وإذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن :

ويتفرع على ذلك أن ما يكسبه الجنين من حقوق يكون موقوفا على شرط تمام ولادته حيا . فإذا ولد حيا استقرت له هذه الحقوق من وقت الحمل لا من وقت الميلاد ، وإذا ولد ميتا اعتبر كأنه لم يكن ، وبالتالي لا يعتبر أنه قد استحق شيئا مما تقرر له من حقوق :

٣٦٥ - ثانيا : نهاية الشخصية :

نصت المادة ٢٩ فقرة أولى مع التفتين المدني على أن شخصية الإنسان تنتهي بموته ؛ فحياة الإنسان مناط شخصيته ، فإذا مات زالت عنه هذه الشخصية :

وقد ذهب فريق من الفقه الإسلامي وفقه القانون الوضعي إلى أن شخصية الإنسان قد تمتد استثناء بعد موته بطريقة اعتبارية ، فتبقى حياته مقدرة حتى تعتبر أمواله باقية على حكم ملكه إلى أن تسدد ديونه وتنفذ وصاياه . وهذا تصوير يقوم على مجاز لا تدعو إليه ضرورة ، مادام يمكن تحقيق الغرض المقصود وهو حماية دائتي التركة : فالرأى السليم في هذا الخصوص أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة فور موت المورث ، ولكن يتعلق الدين بها ، حيث يكون للدائنين عليها حق أشبه بالرهن ؛ وهذا هو الرأى الراجح في الفقه ، حيث تنهض به الأصول المنطقية والقانونية ، كما أنه الحل الذي يستفاد من نصوص التفتين المدني في تصفية التركة ونصوص قانون الشهر العقاري (١) . ومقتضى هذا أن تنتهي شخصية الإنسان حتما بموته ، فليس هناك ما يدعو إلى افتراض امتداد شخصية المورث بعد وفاته :

(١) انظر في تفصيل ذلك كتابنا في حق الملكية نذ : ٤٨٦ - ٤٨٨ .

٣٦٦ - المفقود :

هناك حالة لا يعرف فيها إذا كان الشخص حيا فنظل له شخصيته ، أم ميتا فنزول عنه هذه الشخصية ، وهي حالة المفقود .

والمفقود هو الشخص الذى غاب عن محل إقامته وانقطعت أخباره فلا تعلم حياته ولا وفاته . وإذا كان الأصل أن شخصية الانسان لا تنتهى إلا ببلوت الحقيقى ، إلا أنه إذا طالبت غيبة المفقود فليس من المصلحة أن يترك أمره معلقا دون أن يعرف مصير أمواله ومركز زوجته ولا سببا إذا غلب احتمال وفاته . لهذا يقضى بموت المفقود حكما لاحقيقة على خلاف الأصل ، وبذلك تنتهى شخصيته .

ويلاحظ أن الغائب يشمل المفقود وغيره من الغائبين . فالغائب ، كما يتضح من نص المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال ، يشمل شخصين : الأول هو المفقود بالمعنى الذى ذكرناه . والثانى هو من ليس له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج الجمهورية واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على مع نيته فى إدارتها .

كما يلاحظ أن قانون الولاية على المال قد حدد معنى الغائب على هذا النحو للغرض الملبين به فحسب ، وهو إقامة وكيل عن الغائب كامل الأهلية يتولى إدارة أمواله متى انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه (م ٧٤ من قانون الولاية على المال) ، وذلك إلى أن يحضر أو يموت أو يحكم بموته مما يدخل فى اختصاص المحكمة الحسبية نظره . فهذا القانون ، وإن كان يفرق بين المفقود والغائب على خلاف الشريعة الإسلامية ، إلا أنه يدمجهما فى حكم واحد لأن الغرض الذى يرمى إليه هو العمل على حماية أموالهما فحسب (١) .

ولكن الذى يعنينا فى هذا الجزء من الدراسة هى حالة المفقود الذى لا تعلم حياته

(١) انظر المذكرة التفسيرية لقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ . وهو القانون الذى

أنهى للكتاب الأول منه وحل محله قانون الولاية على المال رقم ٢١٩ لسنة ١٩٥٢ .

ولا وفاته . فلعلم تحقق حياة المفقود أو وفاته هو الذى يجعل دراسة حالته متصلة بلعاسة الشخصية ، حتى نبين ما إذا كنا سنعتبره أثناء فقدته حيا فتبقى له شخصيته أم ميتا فتنتهى هذه الشخصية .

وقد نصت المادة ٣٢ من التفتين المدنى على أنه « يسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية » .

ويعتضى قانون المحاكم الحسبية تقوم النيابة العامة برعاية مصالح الغائبين لدى هذه المحاكم (م ٥٤) ، كما تختص هذه المحاكم بإثبات الغيبة لتعيين وكلاء عن الغائبين (م ٥٥) ، ويدخل المفقود فى عداد الغائبين كما قلنا . وعلى هذا يمكن لكل ذى مصلحة كوارث أو دائن أو موصى له أو غير هؤلاء من أصحاب المصلحة ، كما يمكن للنابة العامة أن تحصل على حكم من القاضى بإثبات فقد شخص ، ومتى صدر ذلك الحكم ثبتت لهذا الشخص حالة المفقود ؛

ويعتضى قانون الولاية على المال « إذا ترك الغائب وكيلًا عاما تحكم المحكمة بتعيينه متى توفرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره » (م ٧٥) : « ويسرى على الوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء » (م ٧٨) :

أما فيما يتعلق باعتبار المفقود حيا أو ميتا فيؤخذ فيه بحكم الشريعة الإسلامية ؛ ويعتضاه يعتبر المفقود حيا فى حق الأحكام التى تضره ، وهى التى تتوقف على ثبوت موته ، فلا يتزوج زوجته أحد (١) ، ولا يقسم ماله على ورثته ، ولا تفسخ إجاراته (م ٥٧٦ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) . ويعتبر ميتا فى حق الأحكام التى تنفعه وتضر غيره ، وهى المتوقعة على ثبوت حياته ، فلا يرث من غيره ، ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصى له بوصية ، بل يوقف نصيبه فى الإرث وقسطه فى الوصية

(١) لكن يجوز لزوجة أن تطلب إلى القاضى تطليقها إذا تضررت من غيبة الزوج سنة فأكثر . وذلك وفقا لحكم المادة ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أنه « إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجه أن تطلب إلى القاضى تطليقها بانثاء إذا تضررت من بعده منها أو كان له مال تسطيع الاتفاق منه » .

إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته (م ٥٧٧ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) .
وقد نصت المادة ٤٥ من قانون الموارث على هذا الحكم بالنسبة إلى الميراث فقالت :
« يوقف للمفقود من تركته مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد
نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حيا بعد الحكم بموته
أخذ مابقى من نصيبه بأيدي الورثة » .

وفيما يتعلق بالوقت الذى يحكم فيه بموت المفقود نصت المادة ٢١ من المرسوم
بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، المعدلة بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٠٣ لسنة
١٩٥٨ ، على أنه « يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من
تاريخ فقدته . على أنه بالنسبة إلى المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات
الحربية يصدر وزير الحربية قرارا باعتبارهم موقى بعد مضى الأربع سنوات ، ويقوم
هذا القرار مقام الحكم — وأما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم
بموت المفقود بعدها إلى القاضى ، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة
الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا (١) » . ويتضح من هذا النص أنه تجب
التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى ، أن يكون المفقود قد غاب فى ظروف يغلب فيها الهلاك ، كمن فقد
عند وقوع حرب أو غرق أو حريق أو زلزال أو نحو ذلك من الكوارث . حيث يحكم
القاضى بموته بناء على طلب ذوى الشأن بعد مضى أربع سنوات على الأقل من
وقت فقدته .

على أنه بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة الذين يفقدون أثناء العمليات الحربية

(١) كان المسؤل به قبل ذلك ، وفقا لمذهب الحنفى ، أنه يحكم بموت المفقود إذا انقضت
أثراته قبله . فإن تفرق المصح من الأقران وحكم للقاضى بموته بعد مضى تسعين سنة من حين ولادته صح
حكمه (م ٥٧٨ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) . ثم أصدر الشارع للرسوم بقانون رقم ٢٥
لسنة ١٩٢٩ ، حيث أخذ يحكم آخر من مذهب الإمام أحمد بن حنبل يتفق مع الحاجات الحالية ، وهو
الحكم للاكوار فى المادة ٢١ من فاعدا مايتعلق بأفراد القوات المسلحة . ثم أضاف الشارع لهذه المادة ،
بمقتضى القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ ، الحكم الخاص بأفراد القوات المسلحة .

يصدر وزير الحرية قرارا باعتبارهم موتى بعد مضي الأربع سنوات المذكورة ، ويقوم هذا القرار مقام الحكم .

والحالة الثانية ، أن يكون المفقود قد غاب في ظروف لا يغلب فيها الهلاك ، كما إذا هجر موطنه إلى مكان غير معلوم أو سافر في مهمة وانقطعت أخباره ، حيث يترك أمر المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضي . ولكنهما من باب الأولى ، بالنسبة إلى الحالة الأولى ، يجب ألا تقل عن أربع سنوات . فهي تكون أربع سنوات أو أكثر بحسب تقدير القاضي للظروف .

وفي الحالتين يجب على القاضي ، قبل أن يحكم بموت المفقود ، أن يتحرى عنه في مظان وجوده بجميع الطرق الممكنة التي من شأنها أن توصل إلى معرفة إن كان حيا أو ميتا .

فإذا حكم بموت المفقود اعتبر في حكم الميت ، وبالتالي تنتهى شخصيته : والموت هنا حكى ، لأن موت المفقود غير متيقن ، وقد يظهر بعد ذلك أنه مازال على قيد الحياة .

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام لا تمنع كل ذى شأن ، كالزوجة أو الورثة ، من أن يدعى موت المفقود ، حتى قبل انقضاء أربع سنوات على فقده ، فإن ثبتت الدعوى انتهت شخصية المفقود بموته حقيقة لاحكاما . إذ أنه حينئذ تنتهى حالة الفقد (م ٧٦ من قانون الولاية على المال) بالعلم بموت المفقود :

ومتى حكم بموت المفقود : أو صدر قرار من وزير الحرية باعتباره ميتا في الحدود التي تقدم ذكرها ، اعتبر ميتا بالنسبة إلى ماله من يوم الحكم ، وبالنسبة إلى مال غيره من يوم الفقد : فتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار بموته (م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ معدلة (١) . ويرد التمسك الموقوف له

(١) عدلت هذه المادة بمقتضى القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ بما يوفق مع الحكم الذى أضيف إلى المادة ٢١ بالنسبة إلى أفراد القوات المسلحة ، فأصبحت تجرى على النحو الآتى : « بعد الحكم بموت المفقود أو صدور قرار وزير الحرية باعتباره ميتا على الورثة المين بالمادة السابقة تحت زوجته مدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو القرار » .

من تركه مورثه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت المورث (م ٤٥ من قانون الموارث). ويرد الموصى له به إلى ورثة الموصى (م ٥٧٩ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) .

وتعتمد عند ذلك زوجته عدة الوفاة (م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ معدلة) ، وهى أربعة أشهر وعشرة أيام تبدأ من يوم الحكم أو القرار بالموت ؛ وإذا علمت حياة المفقود أو حضر حيا ، فإن كان ذلك قبل الحكم أو صدور قرار بموته ، فإنه يرث من مات قبل ذلك من أقاربه ويستحق ما كان موصى له به ؛ وإن كان ظهوره حيا بعد الحكم بموته ، فالباقي من ماله فى أبدي ورثته يكون له ، ولا يطالب أحد منهم بما تصرف فيه (م ٥٨٠ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) ، لأنه ملكه بحكم القاضى ، فإذا تصرف فيه فلا يجب عليه ضمانه . وكذلك الحكم بالنسبة إلى مابقى فى أبدي ورثة مورثه من نصيبه الذى رد إليهم (م ٤٥ من قانون الموارث) :

أما زوجته فهى له إن كانت لم تزوج ، أو تزوجت ولم يدخل بها . أما إذا كانت قد تزوجت غيره ودخل بها غير عالم بحياة المفقود ، فهى للزوج الثانى ، مالم يكن عقده فى عدة وفاة الأول (م ٨ من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٠) (١) :

٢٦٧ - ثالثا : إثبات الولادة والوفاة :

رأينا أن الولادة تتأكد بها شخصية الإنسان ، وأن الوفاة تنتهى بها هذه الشخصية . ومقتضى هذا أن ثبوت الولادة والوفاة يؤدى إلى تحقق الآثار القانونية التى تترتب على وجود الشخصية أو زوالها .

وقد نصت المادة ٣٠ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على أنه « ١ - تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . ٢ - فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم

(١) تجرى هذه المادة على النحو الآتى : « إذا جاز المفقود أو لم يحضره وتبين أنه حى فزوجته له ، مالم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول ، فإن تمتع بها الثانى غير عالم بحياته كانت الثانى ، مالم يكن عقده فى عدة وفاة الأول » .

صحة ما أدرج في السجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى . ونصت المادة ٣١ على أن « دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ، ينظمها قانون خاص » :
والقانون الخاص الذي تسرى أحكامه في هذا الشأن هو القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٥ في شأن الأحوال المدنية . وبمقتضاه تخصص مكاتب السجل المدني بتسجيل واقعات الأحوال المدنية من ولادة وزواج وطلاق ووفاة (م ٢) : ويعد في كل مكتب سجل لقيد كل واقعة من هذه الوقائع (م ٤) . ولكل شخص أن يستخرج صورة رسمية طبق الأصل من القيد والوثائق المتعلقة به أو بأصوله أو بفروعه أو بأزواجه ، ويجوز للسلطات العامة طلب صورة رسمية من أى قيد أو وثيقة ، كما يجوز إعطاء هذه الصورة لكل من يثبت لدى أمين السجل المدني أن له مصلحة فيها من غير هؤلاء (م ١٠) ؛
ويتم القيد في هذه السجلات بناء على تبليغ من الأشخاص الذين يفرض القانون عليهم واجب التبليغ . وقد عدد القانون هؤلاء الأشخاص ، سواء في حالة الولادة (م ١٧) أو في حالة الوفاة (م ٣١) ، كما نظم الإجراءات التي تتخذ في الحالتين للقيام بالتبليغ :

وفيما يتعلق بحجية هذه السجلات في الإثبات نصت المادة ١١ من هذا القانون على أنه « تعتبر السجلات بما تحويه من بيانات والصور الرسمية المستخرجة منها حجة بصحتها ما لم يثبت عكسها أو بطلانها أو تزويرها بحكم » :

وعليه فالأصل أن شهادة الميلاد أو الوفاة ، وهي صورة رسمية تستخرج من السجل المدني ، أو البيانات المتعلقة بذلك في هذا السجل ، كافية لإثبات الولادة أو الوفاة (م ١١ المذكورة) . ولكن إذا لم توجد تلك البيانات لأى سبب من الأسباب ، أو تمكن ذوو الشأن من إثبات عدم صحة ما أدرج في هذا السجل ، جاز الإثبات بكافة الطرق (م ٣٠ م.ن) : غير أنه في هذه الحالة يكون إثبات ما يترض على واقعة الولادة من نسب خاضعا لقواعد الأحكام الشخصية ، فتتبع أحكام الشريعة الإسلامية في ثبوت النسب بالنسبة إلى المسلمين (١) ، وتتبع أحكام الشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غير المسلمين

(١) ومن هذه الأحكام ما نصت عليه المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية من أنه « لا تصح عند الإنكار دعوى النسب لولادة زوجة ثبت عدم الطلاق »

في الحدود التي تقلم ذكرها عند الكلام في الدين كصلى رسمى للقانون (١) :

المبحث الثانى

خصائص الشخصية

٢٦٨ - يباه هذه الخصائص :

نبدأ في هذا المقام بالكلام في الذمة المالية باعتبارها تعبيراً عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية، إذ أنها بهذا المعنى لا توجد إلا مستندة إلى شخص. ثم تناول حالة الشخص ، واسمه ، وموطنه. فهذه هي الخصائص المميزة للشخصية :

المطلب الأول

الذمة المالية

٢٦٩ - التعريف بالذمة المالية :

الذمة المالية le patrimoine هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية .

فالذمة المالية لا تشمل من حقوق الشخص وواجباته إلا ما كانت له قيمة مالية . ولها جانبان : جانب إيجابي l'actif يشمل الحقوق العينية والحقوق الشخصية والحقوق المعنوية في ناحيتها المالية وما هو مالى من حقوق الأسرة : وجانب سلبي le passif يشمل التكاليف العينية التي تكون للغير على عين مملوكة للشخص والائتمات الشخصية : ويلاحظ أن الحق الشخصى يتمثل في علاقة بين شخصين هما

= بينها وبين زوجها من حين العقد ، ولا لولك زوجة أنت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ، ولا لولك المطلقة والمتزوج عنها زوجها إذا أنت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة » .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٩٢ .

الدائن والمدين كما عرفنا ، ولذلك يكون عنصرا إيجابيا أى حقا فى ذمة الدائن ، ويكون عنصرا سلبيا أى التزاما فى ذمة المدين . ولا تشمل الذمة الحقوق السياسية وحقوق الشخصية وما هو أدنى من حقوق الأسرة والحقوق المعنوية فى ناحيتها الأدبية والواجب العام المفروض على الكافة باحترام حقوق الغير أيا كان نوعها والتكاليف العامة غير المالية كواجب أداء الخدمة العسكرية :

وقد ظهرت فى خصوص فكرة الذمة المالية نظريات ثلاث نعرض لها ، كى نخلص إلى حقيقة الأمر فيها يتعلق بهذه الفكرة . وهى النظرية التقليدية التى يقال لها نظرية الشخصية ، ونظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض ، والنظرية الحديثة .

٢٧٠ - أولا : النظرية التقديرية : نظرية الشخصية :

تقوم هذه النظرية على أساس استخلاص فكرة الذمة المالية من فكرة الشخصية . فهى تربط بينهما برابط وثيق ، ولذلك سميت بنظرية الشخصية : وهى تنسب إلى الفقيهين الفرنسيين أوبرى ورو Aubry et Rau . وقد ظلت سائدة فى الفقه إلى أوائل القرن الحالى .

فالذمة المالية فى هذه النظرية هى مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية حاضرة ومستقبلية ، باعتبارها مجموعة قانونية أو معنوية . فهى توجد حتى ولو لم تكن هناك حقوق وواجبات ، مادام يحتمل أن تنشأ حقوق وواجبات فى المستقبل : حيث تكون للطفل الذى لم يولد بعد حقا أو يتحمل بواجب . ومن هنا يعتبرها أصحاب النظرية ناحية من نواحي الشخصية ، فهى الجانب المالى للشخصية ، أى أنها صلاحية الشخص لا تتعلق به حقوق وواجبات مالية :

وهذه الصياغة تطابق ماذهب إليه رجال الفقه الإسلامى . فهم يعرفون الذمة بأنها وصف شرعى اعتبارى يصير به الإنسان أهلا للوجوب له والوجوب عليه ، أو أهلا للالتزام والإلزام . فهى فى نظرهم أمر مفترض وجوده شرعا فى الإنسان الحى ، وهذا الأمر يحبر محلا لجميع الحقوق والالتزامات :

إنما تختلف الذمة في النظرية التقليدية عنها في الفقه الإسلامي من ناحية المدى : فهي في النظرية التقليدية تقتصر على الصلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات المالية ، أما في الفقه الإسلامي فهي صلاحية لكسب جميع الحقوق والتحمل بجميع الواجبات سواء كانت مالية أو غير مالية :

وتترتب على اعتبار الذمة في النظرية التقليدية ناحية من نواحي الشخصية .
النتائج الآتية :

- (١) لا بد لكل ذمة مالية من أن تكون مستندة إلى شخص : فإما دامت هي الجانب المالى للشخصية ، فلا يتصور أن تكون هنا ذمة لا تستند إلى شخص .
- (٢) لكل شخص حتما ذمة مالية ، حتى لو لم يكن له حق أو عليه واجب : فإما دامت الشخصية موجودة ، فالشخص صالح لأن يكسب حقوقا أو يلتزم بواجبات في المستقبل ، وبذلك تكون له ذمة ، إذ هي الجانب المالى للشخصية .
- (٣) تلازم الذمة الشخصية منذ بدايتها حتى نهايتها ، فتكون مثلها واحدة لا تتعدد ولا تنجز ولا تنتقل من شخص إلى آخر : فوحدة الذمة نتيجة حتمية لكونها جانبا من جوانب الشخصية : فالشخص لا يكون له سوى ذمة واحدة ، لأنه لا يمكن أن تكون له إلا شخصية واحدة . وهذا الاعتبار لا يتصور معه أن تنجز الذمة أو تتعدد : كذلك لا يمكن أن تنتقل ذمة الشخص إلى آخر ، لأنها ناحية من شخصيته التي لا يمكن أن تنتقل إلى غيره :

٢٧١ - تم النظرية الشخصية :

يلاحظ على هذه النظرية المأخذ الآتية :

- (١) فاعتبار الذمة مجرد صلاحية لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات لا يضيف شيئا جديدا إلى معنى الشخصية ، فقد عرفنا أن الشخصية يراد بها هذه الصلاحية ذاتها : ولو أننا اكتفينا باعتبار الذمة مجموع مالمشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية ، دون أن نربط بينها وبين الشخصية ، لأمكننا أن نتصور شخصا بدون ذمة ، ومن ثم لا يتحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية :

(٢) وكون النمة المالية لا بد من أن تستند إلى شخص لا يقتضى أن نأخذ بالتصوير الذى جاءت به النظرية ، بل يكفى للوصول إلى ذلك أن تعتبر النمة مجموع مالا لشخص حوا عليه من حقوق وواجبات مالية كما قلنا . فقد رأينا أن الشخص هو كل كائن صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات ، وهو ما يؤدى إلى ضرورة استناد النمة بمعنى أنها مجموع من الحقوق والواجبات إلى شخص :

(٣) والقول إن النمة لا تتمدد ولا تتجزأ إنما دعا إليه الربط بينها وبين الشخصية على نحو يخالف الواقع . فهو قول لا يتفق مع أحكام القانون ، حيث نجد حالات يخضع القانون فيها مجموع معينة من أموال الشخص والتزاماته لنظام قانونى خاص يختلف عن القواعد القانونية العامة التى تخضع لها بقية أمواله والتزاماته : أى أن هذه حالات تتجزأ فيها ذمة الشخص تحقيقاً لأغراض معينة . وليس يكفى لدفع هذه الملاحظة ما قيل من أن المجموعات المالية التى توجد فى مثل هذه الحالات داخل النمة لا تكون ذمماً أخرى ، وإنما هى مجرد أنظمة أوجدها الشارع لحاية فريق من الأشخاص ، وبذلك لا يتناقض وجودها مع وحدة النمة : إذ ليس هناك ما يدعو إلى التشبث بتصوير ينطوى على تجاهل لحقائق اجتناعية يقرها الشارع فيكفل لها التنظيم الذى يؤدى إلى تحقيق الأغراض المقصودة منها . ومن أمثلة تلك الحالات ما يأتى :

١ — فلقاصر أهلية التصرف فيما يسلّم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط (م ٦١ من قانون الولاية على المال) : وللقاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله الخاص ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزامه حدود المال الذى كسبه من هذا العمل (م ٦٣ من قانون الولاية على المال) : ففى هاتين الحالتين نجد الأموال التى تخصص لنفقة القاصر ، أو التى يكسبها من عمله الخاص ، تكون مجموعة مستقلة لها نظامها القانونى الخاص : أى أنه توجد فى نطاق النمة المالية للقاصر مجموعة معينة من الأموال لا يصبح الالتزام إلا فى حدودها :

٢ — ومالك السفينة الحق فى تركها كى يقتضى أصحاب الديون التى نشأت بسبب السفينة وسفرها حقوقهم من ثمنها ومن أجرتها (م ٣٠ تجارى بحرى) . ففى هذه الحالة

تبقى السفينة على ملك صاحبها ، ولكنها تخضع لنظام قانونى خاص يختلف عن النظام الذى يخضع له باقى أمواله ، حيث ينحصر ضمان النائتين فى السفينة والأجرة ، فلا يكون لهم التنفيذ على أموال المالك الأخرى .

٣ - ونعتبر التركة مجموعة من الأموال والالتزامات تخضع لنظام قانونى خاص يختلف عن النظام الذى تخضع له أموال الوارث الأخرى . فبمجرد موت المورث تنتقل أمواله والتزاماته إلى الوارث ، ولكن ضمان دائتى المورث ينحصر فى أموال التركة ، فلا يحق لهم التنفيذ على أموال الوارث الخاصة الأخرى ولو كانت أموال التركة لا تكتفى للوفاء بديونهم ، ولا يسأل الوارث عن ديون المورث إلا فى حدود ما تلقاه من أموال التركة (١) . ومعنى ذلك أن التركة تكون مجموعة معينة من الأموال والالتزامات فى نطاق اللزمة المالية للوارث .

فى هذه الحالات نجد مالا أو مجموعة من أموال الشخص مخصصة لغرض معين ، وهذا يؤدى إلى خضوعها لقواعد خاصة تكفل تحقيق هذا الغرض ، بحيث تحتل عن القواعد العامة التى تخضع لها بقية أموال الشخص .

٤ - وما نقوله النظرية التقليدية من أن اللزمة لا تنتقل من شخص إلى آخر إنما مرده كذلك ما قلناه من الربط بينها وبين الشخصية على نحو يخالف الواقع . فهذا القول يتعارض مع نظام الميراث . حيث تنتقل ذمة المورث ، أى حقوقه والتزاماته ، إلى الوارث كما ذكرنا . وقد رد على ذلك أنصار النظرية بقولهم إن شخصية الوارث تعتبر امتداداً لشخصية المورث ، ومن ثم لا يتضمن الميراث انتقالاً للذمة من شخص إلى آخر ، حيث يعتبر المورث والوارث شخصاً واحداً : ولا يبقى ما ينطوى عليه هذا القول من افتراض يخالف الحقيقة . فشخصية الوارث فى قانوننا مستقلة عن شخصية المورث ، ولهذا رأينا أن ضمان دائتى المورث ينحصر فى أموال التركة .

(١) انظر فى تفصيل هذا كتابنا فى حق الملكية ققرة ٤٨٥ - ٤٨٨ و ٤٩١ .

٢٧٢ - ثانيا : نظرية ذمة التخصيص أو ذمة الغرض :

تفصل هذه النظرية فصلا تاما بين فكرة الذمة المالية وفكرة الشخصية القانونية ، وذلك على عكس ما تقول به النظرية التقليدية . فهي تجعل العبارة في وجود الذمة المالية بالغرض الذى يخصص له مجموع معين من الحقوق والالتزامات ، ولذلك سميت بنظرية ذمة التخصيص أو نظرية ذمة الغرض . وقد قال بها فريق من الفقهاء الألمان على رأسهم الفقيه برنر Brinz .

فالذمة المالية في هذه النظرية هي مجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين : فالذى يجمع بين عناصر هذا المجموع فيجعل منها ذمة مالية ، ليس ثبوتها لشخص معين ، وإنما تخصيصها لغرض معين . بحيث يصح أن توجد الذمة بهذا المعنى ولو لم تكن مستقلة إلى شخص .

وقد أراد أصحاب النظرية بهذا التصور الاستغناء بها عن فكرة الشخص الاعتباري أو المعنوي : فهم يقصرون الشخصية القانونية على الشخص الطبيعي ، وهو الإنسان : أما إعطاء هذه للشخصية لمجموعة من الأشخاص كالشركة أو الجمعية ، أو لمجموعة من الأموال كالمؤسسة ، بوصفها شخصا اعتباريا ، فهي في نظرهم مجرد افتراض يخالف الواقع ، لأنه يعنى نية الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط الشركة أو الجمعية أو المؤسسة إلى شخص افتراضى لا وجود له : فالغاية التى يراد تحقيقها من إعطاء مثل هذه المجموعات من الأشخاص أو الأموال الشخصية القانونية هو أن تجعل من الحقوق والالتزامات التى تتعلق بنشاط هذه المجموعات ذمة مستقلة عن أعضائها أو المتضمنين بها ، ويجب بلوغ تلك الغاية أن نسلم بأن هذه الحقوق والالتزامات تكون ذمة مستقلة تجمع بين عناصرها المختلفة وحيدة الغرض الذى خصصت له دون أن تستند في وجودها إلى شخص ما .

ويترب على هذا التصور عكس النتائج التى رأيناها في النظرية التقليدية :

١ - فليس حتما أن يكون هناك شخص تستند إليه الذمة . فقد توجد الذمة المالية

دون أن تكون مستندة إلى شخص ، حيث يكفي لوجودها أن يكون هناك مجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين . وتلك أهم نتيجة أراد أصحاب النظرية أن يصلوا إليها للاستغناء عن فكرة الشخص الاعتباري كما ذكرنا :

٢ - وليس حتما كذلك أن يكون لكل شخص ذمة . فإدام أن الذمة بمجموع من الحقوق والالتزامات تخصص لغرض معين ، فيمكن أن يوجد شخص ليس له حق وليس عليه التزام فلا تكون له ذمة :

٣ - وقد يكون للشخص أكثر من ذمة ، فتتعدد الذم بتعدد الأغراض التي تخصص لها أمواله . وذلك كما في الحالات التي ذكرناها فيما تقدم عند نقد النظرية التقليدية كأمثلة على تجزئة الذمة ، إذ يرى أنصار نظرية ذمة التخصيص أنه في مثل هذه الحالات تكون كل مجموعه من الحقوق والالتزامات ذمة مستقلة :

٤ - يمكن أن تنتقل الذمة من شخص إلى آخر بالميراث أو بالتصرف ، فيشمل هذا الانتقال في الحالين مجموع مافي الذمة من حقوق والتزامات .

٢٧٣ - تمهيد نظرية ذمة التخصيص :

يؤخذ على هذه النظرية ماذهبت إليه من أن الذي يجمع بين عناصر مجموع معين من الحقوق والواجبات فيجعل منها ذمة مالية ، ليس ثبوتها لشخص معين ، وإنما تخصيها لغرض معين ، بحيث يصح أن توجد الذمة دون أن تكون مستندة إلى شخص .

حيث تتعارض هذه الفكرة مع ما هو مسلم في قانوننا ، بل وفي القوانين الحديثة بوجه عام ، من أن الحقوق والالتزامات لا توجد إلا مستندة إلى شخص معين ، سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو اعتباريا : وسرى أن القانون المصري يخلع الشخصية الاعتبارية على الشركات والجمعيات والمؤسسات : وإذا كان أنصار النظرية قد لجأوا إلى هذه الفكرة للاستغناء بها عن فكرة الشخص الاعتباري ، فإن نظرية الشخصية الاعتبارية تفضل نظرية ذمة التخصيص من ناحيتين : الأولى أن نظرية ذمة التخصيص تقصر عن تفسير مالا يتصل بالنشاط المالي ، بينما تستوعب نظرية الشخصية الاعتبارية

كل ألوان النشاط التي تسمح بها طبيعة الشخص الاعتباري : والثانية أن الشخصية الاعتبارية لا تقوم على أساس الافتراض ، وإنما تستند إلى حقيقة واقعية كما سئرى .

٢٧٤ - مدى فائدة فكرة التخصيص :

إذا كانت نظرية ذمة التخصيص متقدمة في فكرتها الأساسية ، وهي إمكان وجود ذمة لا تستند إلى شخص ، فإنها قد أفادت في تمييز بعض عناصر ذمة الشخص باختصاصها لنظام قانوني خاص يكفل تحقيق الغرض الذي خصصت له . فقد رأينا أن هناك حالات تتميز فيها ذمة الشخص تحقيقاً لأغراض معينة ، كما هو الشأن في حالة القاصر ومالك السفينة والركة ، حيث يخضع مجموع من أموال الشخص والتزاماته لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة التي تخضع لها بقية أمواله (١) .

على أنه يلاحظ أن تجزئة الذمة على هذا النحو من التخصيص لا يتحقق بإرادة الأفراد ، وإنما يقرره القانون . فالشارع وحده هو الذي يقرر خضوع مجموع معين من أموال الشخص والتزاماته لنظام قانوني خاص تحقيقاً لغرض معين . إذ أن التخصيص بهذا المعنى يمس نظام الائتمان الذي يتصل اتصالاً وثيقاً بالنظام العام الإقتصادي ، ولذلك يجب أن يكون بيد الشارع لا بإرادة الأفراد . فلا يجوز مثلاً لشخص أن يعلن تخصيص مجموع من أمواله لغرض معين بحيث لا يجوز للدائنين في خارج هذا النطاق أن يتفادوا على تلك الأموال .

٢٧٥ - ثالثاً : النظرية الحديثة :

يرفض جمهور الفقه الحديث أن يربط بين فكرة الذمة المالية والشخصية على نحو مجاء في النظرية التقليدية : فهو لا يعتبر الذمة ناحية من نواحي الشخصية ، ولكنه يحفظ من النظرية التقليدية بفكرة أن الذمة المالية مجموعة قانونية مستقلة عن العناصر التي تدخل فيها :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٧١ .

فالذمة المالية في النظرية الحديثة هي مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية حاضرة ومستقبلية ، بإعتبارها مجموعة قانونية تفقد فيها عناصر ذاتيتها فلا تظهر إلا كقيم إيجابية أو سلبية : والتغيرات التي تطرأ على هذه العناصر فتزيد من العناصر الإيجابية أو السلبية أو تنقص منها ليس من شأنها أن تغير من طبيعة الذمة أو تحول دون بقائها كوحدة متميزة . فالحقوق والواجبات التي تدخل في الذمة قد تنتهي ويحل محلها حقوق وواجبات أخرى . والواجبات قد تزيد في قيمتها عن قيمة الحقوق ، فيطغى الجانب السلبي للذمة على جانبها الإيجابي . ومع ذلك تظل الذمة قائمة كمجموعة موحدة .

وعليه فالذمة المالية بهذا التصور ليست حقيقة مادية ، وإنما هي صياغة قانونية تقوم على كونها مجموعة معنوية . وقد أريد بهذه الصياغة تفسير فريقي من القواعد القانونية ، أهمها حق الضمان العام للدائنين ، وانتقال التزامات المورث مع أمواله إلى الورثة . ومع ثم يجدر أن تبين مدى لزوم تلك الصياغة للوصول إلى هذا التفسير :

(١) فقياً يتعلق بحق الضمان العام للدائنين ، يقول أنصار النظرية إنه يتعلق بالذمة في مجموعها ، فهو يتناولها بإعتبارها مجموعة قانونية متميزة عن العناصر التي تدخل فيها ، فلا يرد على عنصر بعينه من هذه العناصر . وبذلك لا يقف ضمان الدائن عند أموال المدين الحاضرة التي تكون له وقت نشوء الدين ، بل يمتد إلى أمواله المستقبلية . ومعنى ذلك أن الدائنين يمكنهم أن ينفلوا بحقوقهم ليس فقط على ما يدخل في الذمة وقت نشوء هذه الحقوق ، بل وكذلك على ما يدخل فيها بعد ذلك . كما يكون للمدين أن يتصرف في أمواله دون أن يكون لدائنيه أن يعترضوا على ذلك مادام لم يقع منه غش أو ما هو في حكمه .

وقد لوحظ على هذا القول أن اعتبار الذمة عملاً للضمان العام ينطوي على تناقض هـ ذلك أن الذمة تشمل الحقوق والالتزامات ، ومن ثم لا يتصور أن تترك التزامات الشخص مع حقوقه ضمان التزاماته : ولذلك فإن كثيراً من أنصار النظرية يتفادون هذا النقد بقولهم إن محل الضمان العام هو الجانب الإيجابي من ذمة المدين هـ

ويتضح من هذا أن اعتبار الذمة مجموعة متميزة عن العناصر التي تدخل فيها ، وكون حق الضمان العام الذي للدائنين ينصب على الذمة في مجموعها وليس على هذه

العناصر بأعيانها ، يترتب عليه في نظر أنصار النظرية أمران : الأول أن يكون للمدين أن يصرف في أمواله دون أن يكون للدائن أن يعترضوا على تصرفاته : والثاني أن يكون للدائنين أن يتغلوا على جميع أموال المدين وقت التنفيذ حتى ما كسبه منها بعد نشوء الدين. والواقع أن حق الضمان العام للدائنين ليس إلا تعبيراً عن القاعدة التي تقضى بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه (٢٣٤م ١ % مدني). وهذا يعني أنه إذا لم يقيم المدين بالوفاء الاختياري استطلاع الدائن أن يتخذ بحقه على أي مال من أموال المدين كي يباع هذا المال جبراً ويفتضى الدائن حقه من الثمن. وحق الدائن في التنفيذ على هذا النحو لا يمتد إلى ما تصرف فيه المدين من أمواله قبل التنفيذ، ولكنه يشمل كل ما يكون مملوكاً للمدين وقت التنفيذ ولو كان قد كسبه بعد نشوء الدين : ومرد هذا إلى طبيعة الحق الشخصي من ناحية ، وفكرة الإكراه على الوفاء التي ينطوي عليها عنصر المسؤولية في الالتزام (١) من ناحية أخرى : فقد رأينا أن الحق الشخصي محله عمل يقوم به المدين ، فهو لا يتعلق بمال معين من أموال المدين ، ومقتضى هذا أنه إذا تصرف المدين في مال من أمواله قبل التنفيذ فلا يستطيع الدائن أن يتبعه للتنفيذ عليه لأن حقه لا يرد عليه . كما أن عنصر المسؤولية في الالتزام مؤداه أن يكون للدائن أن يجبر المدين على الوفاء إذا لم يقم به باختياره، ومقتضى هذا أن يكون للدائن أن يتخذ على أي مال مملوك للمدين وقت التنفيذ ولو كان قد كسبه بعد نشوء الدين لأنه أصبح مملوكاً له وقت إجباره على الوفاء ، ولا يكون للدائن أن يتخذ على ما تصرف فيه المدين قبل التنفيذ لأنه لم يعد مملوكاً له وقت إجباره على الوفاء ،

ويتبين من هذا أن النتائج التي أراد أنصاف النظرية الوصول إليها إنما تتحقق دون حاجة إلى تصوير النمة على النحو الذي ذهبوا إليه، وذلك في ضوء طبيعة الحق الشخصي الذي يرد على عمل يقوم به المدين وليس على مال معين من أمواله ، وفي ضوء مسؤولية

(١) يتحمل الالتزام ، وهو الحق الشخصي ، إلى عنصرين : الأول هو عنصر المديونية ، وهو الواجب القانوني الذي على المدين ، والذي مقتضاه أن يقوم المدين بأداء معين ، وهذا الواجب ينقضي بالوفاء الاختياري . والعنصر الثاني هو المسؤولية ، ومؤداه أن يكون للدائن أن يجبر المدين على الوفاء إذا لم يقم به من تلقاء نفسه ، وهذه المسؤولية تقع على المدين في ماله لا في جسمه .

المدين التي يقوم عليها حق الدائن في إجباره على الوفاء من الأموال المملوكة له وقت التنفيذ .

(٢) وفيما يتعلق بانتقال التزامات المورث مع أمواله إلى الورثة يقول أنصار النظرية إن اعتبار الذمة مجموعة مستقلة عن العناصر التي تدخل فيها هو الذي يفسر هذا الانتقال .

والواقع أنه لا يبدو واضحاً من الناحية المنطقية كيف يؤدي هذا الاعتبار إلى انتقال التزامات المورث إلى الورثة مع أمواله : إن تصوير الذمة على هذا النحو ليس من شأنه أن يفسر انتقال التزامات المورث إلى الورثة ، وإنما يقوم هذا الانتقال على أساس من اعتبارات العدالة ومقتضيات الائتمان : فهذه الاعتبارات والمقتضيات هي التي تدعو إلى تحميل الوارث بالتزامات المورث مادام أنه يتلقى أموال التركة بدون مقابل ، ولنا في حاجة إلى هذا التصور كأداة فنية للربط بين أموال المورث والتزاماته في هذا الانتقال كما يقول بعض أنصار النظرية : فالخل الواجب في الشريعة الإسلامية ، وهو الذي يأخذ به قانوننا الوضعي ، أن حقوق دائتي المورث تتعلق بأموال التركة ، فهذه الأموال تنتقل إلى الورثة بحملة بحق عيني تبغي لصالح هؤلاء الدائتين ، هو بمثابة رهن يقرره القانون لضمان الوفاء بديون التركة : ومقتضى هذا أن يكون لهؤلاء الدائتين أن ينفذوا بحقوقهم على تلك الأموال دون أن يكون في استطاعة دائتي الوارث مزاحمتهم في هذا المجال .

٢٧٦ - الزمة المالية مجرد تعبير عن مجموع ما لشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية :

يخلص من كل ما تقدم أن الذمة المالية ليست جانباً من جوانب الشخصية ، وليست قائمة على تخصيص عناصرها لغرض معين يكفي لوجودها ولو لم تكن مستندة إلى شخص . وليست مجموعة قانونية أو معنوية مستقلة عن العناصر التي تدخل فيها . فأى تصور أو صياغة من هذا القبيل لا يطابق الواقع ولا توجه ضرورة تدعو إلى تفسير بعض القواعد القانونية .

فالذمة المالية مجرد تعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية . فهي تعبير عن حقيقة مادية ، بحيث يمكن أن نتصور شخصا لا ذمة له إذا فرضنا أن ليس له حق أو عليه واجب ، ولا توجد الذمة إلا مستندة إلى شخص ، ويمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر بالميراث أو الوصية ، كما يمكن أن تنجز إذا أخضع القانون مجموعا معيناً منها لنظام خاص يخالف عن القواعد العامة التي تخضع لها بقية أموال الشخص .

المطلب الثاني

الحالة

٢٧٧ - تعريف :

حالة *Etat* الشخص صفات معينة تتوفر له فترتب عليها القانون آثاراً معينة . وهذه الصفات هي كون الشخص متبعا إلى دولة معينة ، وإلى أسرة معينة ، وأحيانا إلى دين معين . حيث يتحدد مركز الشخص ضوء هذه الصفات ، فتثبت له حقوق وتقع عليه واجبات في الحدود التي يقرها القانون . ونعرض الآن لعناصر الحالة ، وهي الجنسية التي تحدد حالة الشخص السياسية ، والأسرة التي تحدد حالته العائلية ، والدين الذي يحدد حالته الدينية .

٢٧٨ - (١) الجنسية :

تحدد الحالة السياسية للشخص بحسب جنسيته . والجنسية *Nationalité* رابطة تبعية سياسية بين الشخص والدولة . فالوطني في دولة معينة هو الذي يتمتع بجنسيتها ، والأجنبي هو الذي لا يتمتع بهذه الجنسية . ويتلوى تحديد جنسية الشخص على أهمية بالغة فيما يتعلق بمركز الأجانب بالنسبة إلى الوطنيين . إذ أن هناك حقوقا وواجبات تقتصر على الوطنيين . فالأصل في الحقوق السياسية ؛ كحق الانتخاب وحق الترشيح وحق تولي الوظائف ، أن تكون قاصرة

على الوطنيين ، حيث لا يساهم في إدارة شئون الدولة إلا من ينتمى إليها بجنسيته : ولكن يجوز استثناء من هذا الأصل أن يستعان بموظفين من الأجانب : وهناك بعض من الحقوق العامة يقتصر على الوطنيين ، كعدم جواز إبعاد الوطني عن أراضى الدولة . فالأجنبي يجوز إبعاده إذا كان في وجوده ما يهدد الأمن العام أو الآداب العامة ، كما يخضع في إقامته لشروط معينة يحددها القانون . ويعنى الأجانب مع واجب أداء الخدمة العسكرية . وقد يحرم الأجانب من بعض الحقوق المدنية ، ففى كثير من الدول لا يجوز لهم تملك العقارات ولا سببا الأراضى الزراعية ، كما يحظر عليهم ممارسة مهنة معينة كالطب والحمامة .

على أن هناك حدا أدنى من الحقوق يجب على جميع الدول أن تكفله للأجانب ، وهو حد تفرضه قواعد القانون الدولى العام : إذ لابد من أن تتوفر للأجنبي الحقوق المدنية التى تحميه فى كيانه وحرية وتمكته من مزاولته نشاطه الضرورى المعناد :

كذلك للجنسية أهميتها فى بيان المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق فى العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي . فقد رأينا أن القانون الدولى الخاص . يعنى بصفة أساسية ببيان هاتين المسألتين ، ولذلك تعتبر الجنسية فى هذا القانون من المسائل الأولية التى تساهم فى تعيين الاختصاص القضائى أو التشريعى (١) . والجنسية إما أصلية ، أو طارئة أى مكتسبة :

(١) فالجنسية الأصلية هى التى تثبت للشخص عند ميلاده : وهى تتحدد إما على أساس النسب ، وهو ما يقال له حق الدم *jus sanguinis* ، وبه يأخذ الولد جنسية أبيه . أو أمه ، وإما على أساس محل الميلاد ، وهو ما يقال له حق الإقليم *jus soli* ، وبه يكسب من يولد على إقليم معين جنسيته : والغالب أن يجمع الشارع بين الطريقتين بنفسه . تختلف باختلاف البلاد :

والأساس الأول فى القانون المصرى هو رابطة أو حق الدم ، حيث يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة من ولد لأب متمتع بهذه الجنسية ، أما الميلاد فى الأراضى

المصرية فلا يكفي وحده لثبوت هذه الجنسية إلا في حالة واحدة، وهي أن يولد الشخص في مصر من أبوين مجهولين : وهناك حالات تثبت فيها هذه الجنسية على الأساسين معا : الأولى أن يولد الشخص في مصر من أم مصرية وأب مجهول الجنسية أو عديم الجنسية ، والثانية أن يولد الشخص في مصر من أم مصرية دون أن تثبت نسبته إلى أبيه قانونا (انظر المادة الثانية من القانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن جنسية الجمهورية العربية المتحدة) .

(٢) أما الجنسية الطارئة أو المكتسبة فهي التي يكسبها الشخص في تاريخ لاحق ليلاده . وهي تكسب عادة بسبب الزواج أو بالتجنس :

ففيما يتعلق بالزواج قد يترتب على زواج الأجنبية من أحد الوطنيين أن تكسب جنسيته ، كما هي الحال في كثير من البلاد . وقد نصت المادة ١٣ من قانون الجنسية في هذا الخصوص على أن « المرأة الأجنبية التي تزوج من شخص يتمتع بجنسية الجمهورية العربية المتحدة لا تتدخل في الجنسية المذكورة إلا إذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها في كسب هذه الجنسية واستمرت الزوجة قابعة لمدة سنتين من تاريخ الإعلان » ويموز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات المدة المشار إليها في الفقرة الأولى حرمان الزوجة من حق الدخول في جنسية الجمهورية العربية المتحدة » .

ويراد بالتجنس منح الأجنبي جنسية الدولة بناء على طلبه إذا توافرت شروط معينة .

والغالب بالنسبة إلى من يكسب الجنسية بسبب الزواج أو بالتجنس ألا يتمتع فور كسبه الجنسية بكل الحقوق التي تثبت للوطنيين ، فيحرم لمدة معينة بعد ذلك الكسب من التمتع ببعض هذه الحقوق وخاصة الحقوق السياسية .

والأصل أن لكل شخص جنسية وأن الجنسية لا تتعدد ، ومع ذلك فقد يحصل في بعض الحالات أن يكون الشخص عديم الجنسية أو يكون له أكثر من جنسية .

وقد يفقد الشخص الجنسية كمقوية (راجع م ٢١ - ٢٣ من قانون الجنسية) ،

٢٧٩ - (٢) مؤسسة :

تتحدد الحالة العائلية للشخص بحسب مركزه في أسرة معينة : وأسرة *famille* الشخص هي مجموعة الأشخاص الذين تربطه بهم رابطة القرابة : وتقول المادة ٣٤ فقرة أولى من التفتين المدني في هذا المعنى : « تتكون أسرة الشخص مع ذوى قرياه » .

ورابطة القرابة التي تربط بين أفراد الأسرة تأتي إما من طريق النسب أو من طريق المصاهرة . فالقرابة على نوعين : قرابة نسب وقرابة مصاهرة :

٢٨٠ - قرابة النسب :

قرابة النسب هي التي يكون أساسها الدم ، فهي تقوم بين أفراد تربطهم رابطة الدم : وهي التي تقصد من لفظ القرابة إذا أطلق : وقريب الشخص هو الذي يشترك معه في أصل واحد ، ذكر أكان أو أنثى . وفي ذلك تقول المادة ٣٤ فقرة ثانية من التفتين المدني : « ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » : وقرابة النسب إما قرابة مباشرة أو قرابة حواش .

فالقرابة المباشرة هي قرابة الولاد المنحصرة في عمود النسب ، أي قرابة الأصول والفروع . فهي ، كما تقول المادة ٣٥ فقرة أولى من التفتين المدني ، « الصلة ما بين الأصول والفروع » : وفيها يتسلسل أحد الشخصين من الآخر : فالأب وأبو الأب وإن علا ، وأم الأب وإن علت ، والأم وأبو الأم وإن علا ، وأم الأم وإن علت ، والابن وابن الابن وإن نزل ، كل من هؤلاء قريب مباشر .

أما قرابة الحواشي فهي الخارجية عن عمود النسب ، فلا يتسلسل فيها أحد القريبين من الآخر ، وإن كانا يشتركان في أصل واحد . وقد عرفت المادة ٣٥ فقرة ثانية من التفتين المدني فقالت : « هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك ، دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر » . فالأخ والأخت وفرعهما وإن نزل من الحواشي ، والأصل

المشترك هو الأب : والم وعمه وفرعهما وإن نزل من الحواشي ، والأصل المشترك هو الجلد .

وقد اتبع التقنين المدني في تحديد درجة القرابة ذات الطريقة التي سار عليها القانون الروماني وأخذها عنه القانون الفرنسي .

ففي حساب درجة القرابة المباشرة نصت المادة ٣٦ من التقنين المدني على أنه يراعى « اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل » . ومقتضى هذا أن يحسب كل فرع درجة ولا يحسب الأصل . فالابن في قرابته للأب يعتبر في الدرجة الأولى ، لأننا أمام فرع واحد نحسبه ولا نحسب الأب لأنه الأصل . وابن الابن يعتبر في الدرجة الثانية ، لأننا إذا صعدنا من الفرع لأصله وجدنا أولاً ابن الابن وهو فرع فيحسب درجة ، ثم الابن وهو فرع فيحسب درجة كذلك ، ثم الجلد وهو الأصل فلا يحسب ، وبذلك يجتمع لدينا درجتان ، فيكون ابن الابن في الدرجة الثانية .

أما درجة قرابة الحواشي فقد نصت المادة ٣٦ من التقنين المدني على أنه عند حسابها تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ، ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة : « ومقتضى هذا أن يحسب كل فرع من الناحيتين درجة ولا يحسب الأصل . فالأخ في الدرجة الثانية لأنه فرع في ناحية فيحسب درجة ، وأخوه فرع في الناحية الأخرى فيحسب درجة كذلك ، والأب لا يحسب لأنه الأصل . وابن العم في الدرجة الرابعة لأننا إذا صعدنا مع الفرع لأصله في إحدى الناحيتين وجدنا أولاً ابن العم وهو فرع فيحسب درجة ، ثم أبوه وهو فرع فيحسب درجة كذلك ، ثم الجلد فلا يحسب لأنه الأصل المشترك ، ثم نزل من الأصل إلى الفرع في الناحية الأخرى فنجد الأب وهو فرع فيحسب درجة ، ثم ابنه وهو فرع فيحسب درجة كذلك . وبهذا يجتمع لدينا درجتان في كل ناحية ، فيكون ابن العم في الدرجة الرابعة :

٢٨١ - قرابة المصاهرة :

قرابة المصاهرة هي التي يكون أساسها الزواج ، وهي تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وقد نصت المادة ٣٧ من القانون المدني من هذا الصدد على أن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر » . ويتضح من هذا النص أن قرابة المصاهرة تربط بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر ، فهي لا تقوم بين أقارب أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وفي حساب درجة هذه القرابة تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحد الزوجين وأقاربه . فأخ الزوج يعتبر بالنسبة إليها من الحواشي في الدرجة الثانية ، والقرابة بينهما قرابة نسب ، ويعتبر كذلك بالنسبة إلى الزوج من الحواشي في الدرجة الثانية ، ولكن القرابة هنا قرابة مصاهرة ،

٢٨٢ - القانون المصري لا يعرف القرابة الطبيعية ولا نظام التبني :

لا يوجد في القانون المصري غير قرابة النسب وقرابة المصاهرة . فالقرابة الطبيعية *parenté naturelle* التي توجد في بعض الشرائع الأجنبية ، وتنشأ من اتصال رجل بإمرأة اتصالاً غير شرعي ينتج ولداً ، هذه القرابة لا يعرفها القانون المصري . فليس للولد غير الشرعي حقوق أسرة في القانون المصري ، سوى أن يثبت نسب من أمه ، فيرثها هي وقراتها (م ٤٧ من قانون المواريث) . كذلك لا يوجد في القانون المصري نظام التبني *adoption* ، الذي ترتب عليه بعض آثار النبوة (راجع م ٣٥٤ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) : ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية تميز ثبوت النسب بالإقرار وحده إذا لم يكن فيه تحميل النسب على غير المقر ، وهو الإقرار بالنبوة أو بالأبوة (١) . فإذا أقر رجل ببنوة

(١) أما الإقرار الذي يكون فيه تحميل النسب على غير المقر ، فيكون بما عدا هاتين الحالتين ، كإقرار رجل لآخر بأنه أخوه ، إذ يكون في هذا إقرار بنسب على أبيه . وهذا لا يثبت به النسب من حل عليه ، فلا يكون المقر له ابناً لأب المقر ، ولذلك لا يسرى إلا في حق المقر فحسب ولكن بشرط ألا يضر ذلك بشيء (راجع في تطبيق هذا المبدأ بالنسبة إلى الإرث : م ٤ و ٤١ من قانون المواريث) .

ولدتبت نسبه منه إذا كان المقر له مجهول النسب وكان في من بحيث يولد مثله لمثل المقر
وصدق المقر إن كان من أهل التصديق بأن كان، (١) . وهذا هو ذات الحكم في
إقرار ولد بأبوة رجل : وفي هاتين الحالتين يكون الولد ابنا من جميع الوجوه ، فيثبت
نسبه وتلزم نفقته وتربيته ويرث (م ٣٥٠ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) :
فالمقر له بهذا النسب يكون ولدا شرعيا . إذ الإقرار أحد أمور ثلاثة يثبت النسب
بها شرعا ، وهى الفراش والإقرار واليئة : ومقتضى هذا أن الإقرار بالنسب لا يعتبر
نظاما للثبني ، لأنه لا فرق بين ولد يثبت نسبه بالفراش أو باليئة وآخر يثبت نسبه بالإقراره
كما أنه لا يعتبر إعترافا بقراءة طبيعية ، لأنه لو ذكر رجل يقر ببنة ولد أنه ولده من
الزنا ، فرغم توفر الشروط التي ذكرناها لا يثبت نسب المقر له لأن الزنا لا يصلح
سببا للنسب .

٢٨٣ - أهمية روابط الأسرة :

تترتب على روابط الأسرة ، سواء كان أساسها قرابة النسب أو علاقة الزوجية ،
آثار هامة في تحديد حقوق الشخص وواجباته العائلية ، فهناك حقوق غير مالية ، كولاية
الأب على ابنه ، وحق التربية للابن على أبيه ، وحق الطاعة للزوج على زوجته : وهناك
حقوق مالية ، كالحق في الإرث ، والحق في النفقة .

كذلك لهذه الروابط أهميتها في تطبيق فريق من الأحكام القانونية ، سواء كان
أساسها قرابة النسب أو علاقة الزوجية أو قرابة المصاهرة : ومن الأمثلة على ذلك أن
القانون يعتد بها وبلدرجة القرابة في رد القضاة (م ٣١٣ - ٣١٥ مرافعات) والخطباء
(م ٢٣١ مرافعات) ، وفي عدم جواز الأخذ بالشفعة (م ٩٣٩ مدني) ، وفي التوكيل
مع الضرر الأدبي (م ٢٢٢ / ٢ مدني) :

وللتفرقة بين القرابة المباشرة وقرابة الحواشي أهميتها فيما يتعلق بالنفقة التي تجب

(١) وذلك طبقا للمذهب الحنفي الذي عليه العمل .

للأقارب وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية (راجع المواد ٣٩ - ٤١٩ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا) (١) ،

وقرابة المصاهرة محدودة في آثارها إذا قلنا لها بقرابة النسب : فقرابة النسب يرتبها عليها الحق في النفقة لفريق من الأقارب ، وهم الأقارب المحرميون (٢) . أما قرابة المصاهرة . فلا تحول الحق في النفقة (٣) . وكلتا القوابين لها أثرها فيمن يحل الزواج منهم من النساء ، ولكن نطاق التحريم بسبب النسب أوسع مما هو عليه بسبب المصاهرة . وكلتا هما يظهر أثرها كذلك في تطبيق فريق من الأحكام القانونية كما ذكرنا ، ولكن الأولى أبعد أثرا من الثانية .

٢٨٤ - (٣) الميراث :

الأصل أن الدين لا تأثير له في حالة الشخص . وهذا هو الوضع في البلاد الغربية . وهو الأصل كذلك في القانون المصري . حيث تنص المادة ٧٤ من الدستور على ما يأتي : « المصريون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ، لا تميز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة » .

غير أنه في الجمهورية العربية المتحدة ، كغيرها من البلاد الشرقية الإسلامية ، يعتبر الدين عنصرا من عناصر الحالة : وذلك على سبيل الاستثناء ، وفي نطاق محدود . يتعلق بفريق من الأحوال الشخصية . فقد رأينا فيما يتعلق بالأحوال الشخصية أن الشريعة

(١) ويلاحظ أن هذه الفقرة بين القرابة للباصرة وقرابة الميراثي غير مأخوذ بها في الميراث . وإنما ينقسم الأقارب في هذا الصدد إلى أصحاب فروض وصبة نسيبن وذوي أرحام . فأصحاب الفروض هم الذين لهم سهام مقدرة في التركة ينص في القرآن أو السنة أو بالإجماع كالأب والجد والصح وقروج والقروجة . والصبة النسيبون هم أقارب المتوفى من الذكور الذين لا تتدخل بينهم وبين المتوفى في سلسلة النسب أمش كالأبن وابن الأبن والأب وأبي الأب . وذوو الأرحام هم أقارب للمتوفى الذين ليسوا من أصحاب الفروض ولا من الصبة النسيبن كابن البنت وابن بنت الابن وابن الأخت .

(٢) وذلك وفقا للمذهب أبي حنيفة المسمول به .

(٣) يلاحظ أن علاقة الزوج بزوجته ليست علاقة مصاهرة ، وإنما علاقة زوجية .

الإسلامية والقوانين الصادرة في شأن هذه الأحوال هي الشريعة العامة بالنسبة إلى جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين . إلا أنه مع ذلك يخضع غير المسلمين بالنسبة إلى فريق من هذه الأحوال لشرائعهم الدينية ، وذلك في الحدود الاستثنائية المقيدة التي عرضنا لها فيما تقدم عند الكلام في الدين كصلى الله عليه وسلم للقانون المصرى . (١)

هذا إلى أن الشريعة الإسلامية تقضى بأن اختلاف الدين مانع من الإرث . وقد نصت على ذلك المادة ٦ من قانون الموارث فقالت إنه ولا توارث بين مسلم وغير مسلم ، وتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض ؛

ويتبين من هذا أن حقوق المصرى المسلم فيما يتعلق بفريق من أحواله الشخصية تختلف عن حقوق المصرى غير المسلم ، وذلك بسبب اختلاف الدين .

المطلب الثالث

الإسم

٢٨٥ - معنى الاسم وتكوينه :

لكل شخص إسم يعرف به . إذ الإسم هو الوسيلة التي تميز الشخص عن غيره من الأشخاص . وهو بمعناه الضيق يقتصر على الإسم الشخصى *prénom* . ومعناه الشامل يتضمن الإسم الشخصى واسم الأسرة *nom patronymique ou nom de famille* . وهذا الأخير يقال له القب ، وهو ما يجرى الغربيون على استعماله أكثر من استعمالهم الإسم للشخصى . أما عندنا فالغالب هو استعمال الإسم الشخصى مضافا إليه اسم الأب والجد ، وإن كان البعض يستعمل القب إلى جانب الإسم الشخصى . وهذا المعنى الشامل هو الذى يراد من اصطلاح الإسم إذا أطلق ، وهو الذى نعينه في هذه الدراسة . وقد نصت المادة ٢٨ من القانون المدنى على أنه : يكون لكل شخص اسم ولقب ، ولقب الشخص يلحق بأولاده . ويؤخذ من هذا النص أن القانون يفرض

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٨٦ - ٩٢ .

على كل شخص أن يتخذ لنفسه لقباً إلى جانب اسمه الشخصي ، حتى يدرأ ما قد يثور من ليس في تمييز الشخص من غيره بسبب تشابه الأسماء (١) . إلا أنه يلاحظ أن اتخاذ الألقاب لم ينشر عندنا على النحو الموجود في البلاد الغربية ، بحيث يعتبر فرض اتخاذها نظاماً مستحدثاً . ومراعاة لهذا الاعتبار أضيفت للمادة ٣٩ من هذا القانون أنه « ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها » . وبذلك أصبح ما يفرضه القانون من اتخاذ الألقاب رهيناً في نفاذه بصدر هذا التشريع الخاص الذي لم يصدر بعد .

ويعقضى المادة ٣٨ مدنى المذكورة يكون لقب الشخص بحكم القانون هو لقب أولاده . ويلاحظ أن النص لا يجعل اللقب يلحق الزوجة ، ومن ثم فإنها بحكم القانون تحتفظ بلقبها الأصلي (٢) :

٢٨٦ - الطبيعة القانونية لاسم :

إن حق الشخص على اسمه يتطوى على معنى الواجب والحق في وقت واحد :

(١) واجب اتخاذ الاسم : فيجب على الشخص أن يتخذ لنفسه اسماً يميزه عن غيره من الأشخاص . إذ أن الحاجة مصلحة في ذلك ، حتى يستتب الأمن ويمنع الخلط بين الأشخاص وتستقر المعاملات . فالإسم من هذه الزاوية بمثابة نظام إدارى للأمن المدنى تفرضه الدولة باعتباره الصورة الملزمة لتمييز الأشخاص . ولهذا رأينا أن المادة ٣٨ مدنى تفرض أن يكون لكل شخص إسم ولقب : كما توجب المادة ١٨ من قانون الأحوال المدنية أن يشمل التبليغ عن المواليد إسم الطفل ولقبه .

(١) للمذكرة الإضافية لمشروع نص المادة ٣٨ مدنى في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٣٨ .

(٢) كان المشروع انتهى لنص المادة ٣٨ مدنى يجعل اللقب يلحق الأولاد والزوجة ، حيث

يقول : « ولقب الشخص يلحق بحكم القانون أولاده كما يلحق زوجته في حياته وكذلك بعد ماته إلا إذا انفصلت عن الزوجة قبل الوفاة فتتخذ تسود الزوجة لقب أسرتها » . وفى لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ هذا النص ، حيث حذف هذا الحكم بالنسبة إلى الزوجة ، لأن العرف لما يستقر على أن لقب الزوج يلحق الزوجة (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٣٧ - ٣٣٩) .

(٢٤ - أصول قانون)

ومادام أن الإسم ترتبط به مصلحة الجماعة على هذا النحو ، فلا يجوز للشخص أن يغير فيه بمحض إرادته وحدها . فإذا أراد شخص أن يغير اسمه استنادا إلى ما اشتهر به أو إلى أى سبب آخر وجب اتخاذ إجراءات معينة يفرضها القانون حتى يتمكن من له مصلحة من أن يفترض على طلب التغيير ولكي يعلم الناس بالإسم الجديد (انظر هذه الإجراءات في نصوص القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦) (١) .

(٢) حق الشخص على إسمه : إذا كان للجماعة مصلحة توجب على الشخص أن يتخذ لنفسه إسمًا ، فإن للشخص كذلك مصلحة في أن يتسمى بإسم معين . لذلك كان للشخص حق على إسمه باعتباره الوسيلة التي تميز شخصيته عن غيره . وقد ذهب البعض إلى اعتبار هذا الحق حق ملكية ، وهذا هو مذهب اقتضاء الفرنسي : ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن الملكية حق مالى يجوز التعامل فيه ، بينما الحق فى الإسم حق غير مالى لا يجوز التعامل فيه . والواقع أن الحق فى الإسم يعتبر من حقوق الشخصية ، وهذا هو الرأى السائد . وينهض بهذا الاعتبار أن الإسم هو الوسيلة التي تمكن الشخص من تمييز ذاته وتعيين شخصيته وتلافى الخلط بينه وبين غيره فى هذا المجال ؛ ويترتب على اعتبار الحق فى الإسم من حقوق الشخصية أن تكون له الخصائص التي تتميز بها هذه الحقوق . فلا يجوز التصرف فيه ، ولا يرد التقادم عليه ، وقد فصلنا ذلك فيما تقدم (٢) .

ويتضح من هذا أن للإسم طبيعة مزدوجة ، فالتخاذ واجب مفروض على الشخص ، كما أن للشخص حق عليه يعتبر من حقوق الشخصية .

٢٨٧ - مائة الاسم :

يترتب على كون الحق فى الإسم من حقوق الشخصية أن يحميها القانون كما يحمي هذه الحقوق . فيكون لمن وقع اعتداء على إسمه أن يدفع هذا الاعتداء ولو لم يكن

(١) كان هذا القانون خاصا بالواليد والوفيات ، فألغى منه يتعارض مع أحكام قانون الأحوال العائلية .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٢١٦ .

قد أصابه ضرر من جرائه ، كما يكون له أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر وقتا لقواعد المسؤولية التقصيرية : وقد نصت المادة ٥٠ من التفتين المدني في هذا المعنى على أن « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » : كانتصمت المادة ٥١ من ذلك التفتين تطبيقا لهذا الحكم على الإسم ، فنصت على أن « لكل من نازعه الغير في استعمال إسمه بلا مبرر ؛ ومن انتحل الغير إسمه دون حق ، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » :

ويتضح من هذا أن الاعتداء على الإسم قد يكون بالمنازعة في استعماله ، بمعنى أن يتعرض الغير على حق الشخص في التسمية بالإسم الذي يحمله : فإذا لم يكن لهذه المنازعة ما يبررها كان لصاحب الإسم أن يطالب بوقفها ولو لم يترتب عليها ضرر : وإذا ترتب عليها ضرر كان لصاحب الإسم فضلا عن ذلك أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر .

كما قد يكون الاعتداء بانتحال الغير إسم الشخص ، بمعنى أن يسمى الغير بإسم الشخص ويستعمله دون حق أى دون أن يكون هذا الإسم هو إسمه . حيث يكون لصاحب الإسم أن يطلب وقف هذا الانتحال ولو لم يترتب عليه ضرر : وإذا ترتب عليه ضرر كان لصاحب الإسم فضلا عن ذلك أن يطالب بالتعويض عن هذا الضرر :

٢٨٨ - اسم الشهرة والاسم المستعار :

قد يشتهر الشخص بإسم يطلقه عليه الجمهور غير إسمه الحقيقي ، وهذا هو إسم الشهرة *surnom* . وقد يطلق الشخص على نفسه في بعض نواحي نشاطه ، كالتنشط الأدبي أو الفني ، إسمًا غير إسمه الحقيقي ، وهذا هو الإسم المستعار *pseudonyme* : وسواء في هذه الحالة أو في تلك فإن الإسم الحقيقي للشخص لا يزول ، بحيث يتعين عليه أن يذكره حين يقتضى الأمر الادلاء به : غير أن كلا من اسم الشهرة والإسم المستعار يعتبر من حيث الواقع وسيلة تميز للشخص عن غيره كما هي الحال بالنسبة إلى الإسم الحقيقي : فاسم الشهرة يميز الشخص في جميع أوجه نشاطه ، والاسم المستعار يميزه

في نواح معينة من هذا النشاط. ولذلك فإن القانون يحمي حق الشخص في كل من هذين
الاسمين ، فيكون له أن يدفع الاعتداء الواقع على أى منهما وأن يطلب بالتعويض عما
يكون قد لحقه من ضرر ، سواء في حالة المنازعة أو الانتحال وفقا لما قدمناه .

٢٨٩ - الاسم التجارى :

الاسم التجارى nom commercial هو الاسم الذى يتميز به محل تجارى .
ويختلف حق التاجر على هذا الاسم في طبيعته عن حق الشخص على اسمه . فهو حق
مالى ، ولذلك يجوز التصرف فيه باعتباره عنصرا من عناصر المحل التجارى . ومقتضى
هذا الاعتبار أنه لا يجوز التصرف فيه مستقلا عن المحل التجارى، بل يكون هذا التصرف
داخلا في نطاق التصرف في المحل التجارى ذاته . وإذا حصل أن كان الاسم التجارى
هو ذاته الاسم الخاص لصاحب المحل وجب على المتصرف إليه أن يضيف إلى الاسم
التجارى ما يدرأ الخلط بينه وبين المتصرف الذى يبقى حاملا للاسم ذاته ، كأن يضيف
كلمة خلف أو خلفاء :

ويحمي القانون الاسم التجارى على الوجه الذى يبتاه: فيكون لصاحبه أن يطلب
وقف الاعتداء عليه ، سواء تمثل هذا الاعتداء في منازعة الغير له في استعماله أو في انتحاله
إياه ، كما يكون له أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر :

المطلب الرابع

الموطن

٢٩٠ - فكرة للموطن والهيبة وتفسير :

تقوم فكرة الوطن le domicile على أساس كونه مكانا يخاطب فيه الشخص
قانونا في شأن مسألة معينة ، بحيث يعتبر أن الخطاب قد وصل إلى علمه ولو لم يكن
موجودا في هذا المكان وقت توجيه هذا الخطاب إليه ، وذلك نظرا إلى أنه يحيط

علما بما يحصل في هذا المكان مما يتعلق بشئونه . فهو من هذا يعتبر المقر القانوني للشخص ، بمعنى أن القانون يعتد به في مخاطبة الشخص في شأن مسألة قانونية معينة ، ويتضح من هذا أن الغرض من تعيين موطن للشخص هو تيسير الإتصال به على نحو يعتد به القانون إذا أريد مخاطبته في شأن أمر يتعلق بفشاطه القانوني : وتظهر أهمية ذلك في حالات كثيرة نذكر منها ما يأتي :

(١) فالقاعدة أن الوفاء بالالتزامات التي ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء (م ٣٤٧ / ٢ مدني) . فاللدائن يسعى لاستيفاء حقه في موطن المدين :

(٢) والأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص ، كالإعلان أو الإنذار أو صحيفة الدعوى أو غيرها من الأوراق التي يكون لها أثر قانوني ، تسلم إلى الشخص نفسه أو في موطنه (م ١١ مراقعات) :

(٣) وفي الدعاوى المتعلقة بمقوق شخصية أو بمقتولات يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه (م ٥٥ مراقعات) .

(٤) ويكون شهر الإعسار بحكم تصدره المحكمة الابتدائية التي يتبعها موطن المدين (م ٢٥٠ مدني) .

(٥) وتتخذ إجراءات الإفلاس أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن التاجر (م ١٩٧ تجاري) .

ويتقسم الموطن إلى نوعين : موطن عام وموطن خاص . فالموطن العام هو الذي يخاطب فيه الشخص قانونا بصفة عامة ، حيث يعتد به القانون بالنسبة إلى نشاط الشخص وعلاقاته بوجه عام . أما الموطن الخاص فلا يخاطب فيه الشخص إلا في خصوص أعمال معينة ، حيث لا يعتد به القانون إلا بالنسبة إلى فريق معين من أوجه نشاط الشخص أو علاقاته دون غيره .

أولا : الوطن العام

٢٩٩ - تحديد الوطن العام :

وأينا أن الوطن العام *le domicile général* هو الذى يخاطب فيه الشخص قانونا بالنسبة إلى نشاطه وعلاقاته بوجه عام . فهو الذى يقصد من لفظ الوطن إذا أطلقه والأصل أن يتحدد الوطن العام للشخص بإختياره . فالوطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة : وإقامة الشخص تخضع بطبيعة الحال لإرادته ، فهو يقيم حيث يريد . وبذلك تكون إرادة الشخص هى العامل الأول في تحديد الوطن .

ولكن القانون قد حدد الوطن العام استثناء لفريق من الأشخاص تحديدا ملزما لادخل لإرادتهم فيه ، وهذا هو مايسميه الفقهاء بالوطن القانونى أو الإلزامى . ومن هذا نتكلم عن القاعدة ، ثم عن الاستثناء :

٢٩٢ - القاعدة في تحديد الوطن العام :

عرفت المادة ٤٠ فقرة أولى من التتقين المدنى الوطن فقالت : « الوطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » : وبعبارة أخرى ، هو محل الإقامة المعتادة للشخص : فالإقامة الفعلية هى أساس فكرة الوطن في القانون المصرى . ولكنها الإقامة المعتادة ، أى التى يتوفر فيها معنى الثبات والاستقرار : ولا يفهم من ذلك أن الإقامة يجب أن تكون مستمرة لا تنقطع ، فقد يغيب الشخص عن موطنه ملدا تطول أو تقصر دون أن ينتفى معنى الاعتياد الذى يتطلبه القانون (١) .

(١) وتقول للذكرة الإيضاحية لمشروع التتقين المدنى في هذا المعنى إنه « إذا كان للمشروع قد جعل من الإقامة الفعلية أساسا لتصوير الذى اتجه إلا أن عنصر الاستقرار ضرورى لتوافر معنى الوطن . ولا يقصد بالاستقرار اتصال الإقامة دون انقطاع ، وإنما يقصد استمرارها حل وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخطتها فترات غيبة متضاربة أو متباعدة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٣٤١ و ٣٤٢) .

ومن ثم يجب التفرقة بين الوطن وعمل الوجود *la residence* : فهذا الأخير هو المكان الذى يحدد فيه الشخص مسكنه لمدة محدودة . ويجرد وجود الشخص أو مسكنه فى مكان لا يجعل منه موطناً مادام أن إقامته فيه عرضية لا تتوفر فيها معنى الاعتياد والاستقرار . كأن يقيم الشخص فترة معينة فى فندق يقع فى بلد بعيد عن موطنه للقيام ببعض الأعمال ، أو يقيم فى مسكن بعيد عن موطنه لت قضاء فترة الاصطيف .

ولم يرد فى التقنين المدنى القديم تعريف للموطن، وإنما ورد هذا التعريف فى هامش المادة ٣ من تقنين المرافعات القديم ، وهو ينص على أن « الوطن هو المركز الشرعى المنسوب للإنسان الذى يقوم فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ويعتبر وجوده فيه على النوام وإن لم يكن حاضراً فيه فى بعض الأحيان أو أغلبها وأنه لا يجهل ما يحصل فيه مما يتعلق بنفسه » : ويتبين من هذا التعريف أن الشخص قد لا يكون حاضراً فى موطنه فى أغلب الأحيان . وبذلك فهو لا يربط بين الإقامة والموطن كما فعل التقنين الحالى ، فـ ما يتطلبه فى الوطن هو أن يقوم الشخص فيه باستيفاء ماله وإيفاء ما عليه ولا يجهل ما يحصل فيه : والموطن بهذا المعنى هو المركز الرئيسى للشخص . وهو ذات التصوير الذى أخذ به القانون الفرنسى (م ١٠٢ من التقنين المدنى الفرنسى) .

ويتبين من هذا أن القانون المصرى القديم والقانون الفرنسى قد صوروا الوطن تصويراً حكماً لم يمتا فيه بالحقيقة الواقعة التى تقوم على الإقامة الفعلية للشخص ، لأن الشخص قد لا يكون مقياً فعلاً فى مركزه الرئيسى : ويرتب على هذا التصوير أن يكون لكل شخص موطن ، وأن الشخص لا يمكن أن يكون له إلا موطن واحد . ولقد حلنا هذا بفريق من الفقهاء إلى أن يأخذ بفكرة الجنسية فى هذا المجال فيعتبر الوطن علاقة قانونية تربط الشخص بمكان معين :

وقد أدى هذا التصوير الحسمى للموطن ومجاافته للواقع إلى صعوبات عملية فى التطبيق اضطرت القضاة فى القرنين التاسع عشر والعشرين إلى القول بإمكان تعدد الموطن فى بعض الحالات : ومن هذه الحالات ما ذهب إليه المحاكم الفرنسية من إمكان مقاضاة شركات للمسكك الحديدية أمام المحاكم التى تقع فى دائرتها المخطات الرئيسية للشركة ، وهى النظرية المعروفة بنظرية المخطات الرئيسية : وما قضت فيه كذلك بصحة الإعلانات التى يوجهها

الغير إلى الشخص في المكان الذى يظهر للناس فيه أنه موطنه ويجوز مقاضاته أمام محكمة هذا المكان إذا كان المدعى حسن النية، وهى النظرية المعروفة بنظرية الموطن الظاهر (١)؛ ومن هذه الحالات كذلك ما قضت فيه المحاكم المصرية بأنه يمكن أن يكون للشخص موطن آخر يشبه الموطن الأصل (٢) ، ويجوز تعدد موطن التقاضى (٣) .
أما التصوير الذى أخذ به التقنين المدنى الحالى فهو تصوير واقعى استجاب فيه الشارع للحاجات العملية : فالموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة : ويترتب على ذلك نتيجتان :

الأولى أن الشخص قد يكون له أكثر من موطن : ويحصل ذلك إذا توافرت للشخص إقامة معتادة في أكثر من مكان . كما في حالة الشخص الذى يوزع إقامته المعتادة بين مكانين أحدهما في الريف والآخر في إحدى المدن . وكذلك الشخص الذى له زوجتان يقيم مع كل منهما في مكان مستقل عن مكان الأخرى . وقد نصت على ذلك المادة ٤٠ فقرة ثانية من التقنين المدنى ، فقالت إنه « يجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن » .
والثانية أن الشخص قد لا يكون له موطن . ويتحقق ذلك إذا لم تتوفر للشخص إقامة معتادة في مكان ما . كما في حالة البدو الرحل الذين لا يستقرون في مكان . أو الشخص الذى يترك موطنه سعياً إلى موطن جديد ولم يبتدإ إليه بعد : وقد نصت على ذلك المادة ٤٠ فقرة ثانية من التقنين المدنى ، فقالت إنه « يجوز ألا يكون للشخص موطن ما » :
ولم يبين الشارع ما يجب اتباعه حيث لا بد من عام ، وإنما اقتصر على بيان ما يتبع في بعض حالات نص عليها تقنين المرافعات (٤) : ولذلك نرى أنه فيما عدا هذه الحالات يجب أن

-
- (١) نقض فرنس مراتس في ١٥ مارس ١٩٢٥ ، دقوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٣٦٩ .
(٢) استئناف مخطط في ١٢ مايو ١٩٣٦ ، مجلة التشريع والقضاء المخطط ٤٨ ص ٢٦٤ .
(٣) استئناف مخطط في ٢٠ فبراير ١٩٢٨ ، مجلة التشريع والقضاء المخطط ٤٠ ص ٧٠٩ .
(٤) نصت المادة ١٤ / ١١ مرافعات في خصوص إعلان أوراق المحضرين على أنه « وإذا كان موطن لظن إليه غير معلوم وجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له في مصر أو في الخارج » .
وتسلم صورتها للنيابة » . ونصت المادة ٦٨ مرافعات في خصوص اختصاص الحاكم على أنه « إذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا سكن في مصر ولم يظهر تعيين المحكمة المختصة على موجب الأحكام المتقدمة يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع في دائرتها موطن المدعى أو سكته فإن لم يكن له موطن ولا سكن كان الاختصاص للمحكمة القاهرة » .

نعتد بمحل الوجود ، وهذا هو الرأى الذى يقول به فريق من الفقه وأخذ به بعض التشريعات الأجنبية .

وهذا التصور الذى يأخذ به القانون المصرى وما يؤدى إليه من نتائج هو الذى يسائر الاتجاه الحديث فى الفقه ، كما يتفق مع حكم القانون الألمانى (م ٧ مدنى ألمانى) وحكم الشريعة الإسلامية : فقد عرفت المادة ٢١ من لائحة المحاكم الشرعية الموطن بأنه « البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقبياً فيه عادة » ، وهذا التعريف مستمد من الفقه الإسلامى (١) .

وقد يغير الشخص موطنه ، ويتم له ذلك إذا ترك موطنه إلى مكان آخر يقيم فيه إقامة معتادة بحيث تنقطع إقامته فى المكان الأول ويقصد عدم الرجوع إليه : ففى هذه الحالة يكون للشخص موطن واحد هو محل الإقامة الجديد . أما إذا توفرت الإقامة المعتادة للشخص فى المكان الجديد دون أن ينقطع عن المكان الأول ، فإنه يصبح له موطنان فى وقت واحد .

٢٩٣ - الموطن القانونى أو المولادى :

وأبنا أن الأصل أن يتحدد الموطن العام للشخص باختياره : غير أنه استثناء من هذا الأصل يحدد القانون الموطن العام لفريق من الأشخاص تحديداً ملزماً لادخل لإرادتهم فيه : وهؤلاء هم فاقلو الأهلية وناقصوها ومن فى حكمهم ، هم القاصر والمجنون عليه والمفقود والغائب . فهؤلاء قد تولى القانون تحديد موطنهم ، ولذلك يسميه الفقهاء بالموطن القانونى *Le domicile légal* .

فقد قدر الشارع أن الأعمال القانونية التى تهم هؤلاء الأشخاص يقوم بها نائبون عنهم بسبب نقص أهليتهم أو بسبب غيابهم : فهم يخاطبون قانوناً فى أشخاص نائبهم : ولذلك جعل القانون موطن الواحد منهم هو موطن من ينوب عنه . فالموطن القانونى للقاصر هو موطن وليه أو وصيه ، وموطن المجنون عليه هو موطن القيم عليه ، وموطن

(١) راجع للذكر الإيضاحية لمشروع نقيح القانون الذى فى مجموعة الأعمال التحضيرية

«المفقود والغائب هو موطن وكيلهما : وقد نصت المادة ٤٢ من التقنين المدني على هذا الحكم فقالت إن « موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا » .

وواضح أن القانون يأخذ في هذه الحالة بالتصوير الحكي للموطن دون التصوير الواقعي ، لأن فكرة الموطن هنا لا تقوم على أساس الإقامة الفعلية للشخص :

ويظل للموطن القانوني للشخص قائما بقيام السبب الذي من أجله حدد القانون هذا الموطن . فإذا زال هذا السبب ، كأن بلغ القاصر الرشد أو هاد الغائب ، زال الموطن القانوني للشخص وأصبح موطنه هو المكان الذي يقم فيه عادة ، رجوعا إلى الأصل العام .

ويلاحظ أن الأشخاص الذين يحدد القانون موطنهم تحديدا ملزما على النحو المذكور قد ورد ذكرهم في النص على سبيل الحصر . ولذلك لا يعتبر موطن الزوج موطننا قانونيا بالنسبة إلى الزوجة : فإذا كانت الزوجة قاصرا كان موطنها القانوني هو موطن وليها أو وصيها ، وإذا كانت رشيدة كان موطنها العام هو محل إقامتها المعتادة . وإذا كان الوضع العادي المؤلف أن يكون موطن الزوجة هو موطن الزوج ، فإن ذلك يرجع إلى كون موطن الزوج هو محل الإقامة المعتادة للزوجة . وقد يحصل أن يكون للزوجة الرشيدة موطن يختلف عن موطن زوجها ، وذلك إذا كانت إقامتها المعتادة في غير موطن الزوج . كذلك لا يتحتم أن يكون موطن الخادم هو موطن مخدمه ، وإنما يتحقق ذلك إذا كانت الإقامة المعتادة للخادم في موطن مخدمه ، فإن كانت في مكان آخر كان هذا المكان الآخر هو موطن الخادم :

ثانيا : الموطن الخاص

٢٩٤ - تعريف :

الموطن الخاص domicile spécial هو الذى يخاطب فيه الشخص قانونا فى خصوص فريق معين من الأعمال . فهو يقتصر على ناحية معينة من نواحي نشاط الشخص . ومن ثم فهو يوجد إلى جانب الموطن العام للشخص .
وللغرض أن الإقامة الفعلية ليست هى أساس الموطن الخاص ، وإنما هو يقوم على مباشرة أعمال معينة ، وبذلك يكون حكما دائما .
وهذا الموطن الخاص قد يحدده القانون ، وهى الحال بالنسبة إلى موطن الأعمال ، وقد يحدده الشخص بإرادته ، وهى الحال بالنسبة إلى موطن ناقص الأهلية فى شأن مايعتبر أهلا لمباشرة من تصرفات ، والموطن المختار : فهذه هى صور الموطن الخاص التى وردت فى التقنين المدنى (١) تتناولها فيما يلى :

٢٩٥ - (١) موطن الأعمال (الموطن التجارى أو الحرفى) :

موطن الأعمال أو الموطن التجارى أو الحرفى le domicile d, affaire ou commercial هو المكان الذى يباشر فيه الشخص أعمالا تجارية أو حرفية ، فيعتبر موطن له فيما يتعلق بإرادة هذه الأعمال : وقد نصت عليه المادة ٤٦ من التقنين المدنى فقالت : « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطننا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » : والنص يشمل التجار والصناع وأصحاب الحرف ، وهو يعتبر تطبيقا ظاهرا لفكرة تعدد الموطن .

(١) وهناك موطن يتكفل به القانون العام ، وهو الموطن السياسى أو الانتخابى الذى يباشر فيه الشخص حقوقه الانتخابية . وهذا الموطن عبارة عن الجهة التى يقيم فيها الشخص عادة ، أو التى بها محل عمله الرئيسى ، أو التى له بها مصلحة جدية « أو فيها مقر مائته . ذلك أن الأصل فى الموطن السياسى أو الانتخابى الشخص أن يكون هو موطنه العام ذاته ، ولكن يجوز له أن يختار موطنه خاصا بدلا من فى إحدى الجهات الثلاث الأخيرة المذكورة .

وواضح أن الموطن هنا لا يعتبر قانوناً إلا بالنسبة إلى أعمال التجارة أو الصناعة أو الحرفة التي للشخص . أما فيما يتعلق بأعمال الشخص الأخرى فالمعول عليه قانوناً هو موطنه العام وفقاً للمادة ٤٠ مدني .

كما يلاحظ أن مثل هذا الموطن ، باعتباره مكان العمل ، لا يعتبر موطناً إلا بالنسبة إلى التجار والصناع وأصحاب الحرف . فهو لا ينصرف إلى الموظفين ، بحيث أن المكان الذي يؤدي فيه الموظف عمله لا يعتبر موطناً خاصاً له فيما يتعلق بشؤون الوظيفة .

ويؤخذ لفظ الحرفة في هذا المقام بمعنى الحرفة أو المهنة ، فهو في حكم النص المذكور لا يقتصر على أصحاب الحرف بالمعنى الضيق ، كالنجار والحداد ، بل يشمل كذلك أصحاب المهن ، كالغاي والطبيب والمهندس ، حيث يكون لكل من هؤلاء موطن أعمال خاص بشؤون مهنته .

٢٩٦- (٢) موطن ناقص الأهلية بالنسبة إلى ما يعتبر أهلاً لمباشرة من تصرفات :

رأينا أن القانون يحدد الموطن العام ناقص الأهلية تحديداً ملزماً ، فيجمله موطن من ينوب عنه قانوناً (١) . والعلّة في ذلك أن الأعمال القانونية التي تبهم ناقص الأهلية يباشرها عنه نائبه ، ومن ثم فهو يخاطب قانوناً في شخص نائبه :

وعليه فحيث تنقضي هذه العلة بالنسبة إلى بعض الأعمال القانونية يكون لناقص الأهلية موطن خاص فيما يتعلق بهذه الأعمال إلى جانب موطنه العام . ذلك أن ناقص الأهلية يستطيع أن يباشر بعض التصرفات القانونية ، فهو يعتبر كامل الأهلية بالنسبة إلى هذه التصرفات ، ولذلك لا تثبت لثانيه قانوناً سلطة تولى هذه التصرفات : في هذا النطاق يكون لناقص الأهلية موطن خاص ، قد يكون محل إقامة المعتادة بحسب الأصل ، أو يكون المكان الذي يباشر فيه تجارة إذا كان مأذوناً له في ذلك ، أو يكون المكان الذي يختاره لتنفيذ عمل قانوني معين هو أهل لمباشرةه :

وتطبيقاً لهذا المبدأ نصت المادة ٤٢ فقرة ثانية من التفتين المدني على أنه « يكون للقاصر الذي يبلغ ثمانى عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص ، بالنسبة إلى الأعمال

والتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها (١) : وما دمتا نعتبر هذا النص تطبيقا لذلك المبدأ فإن حكمه ينطبق بطريق القياس في جميع الحالات الأخرى التي يثبت فيها للقاصر ومن في حكمه من المحجور عليهم أهلية كاملة لمباشرة أعمال وتصرفات معينة كما سئرى عند الكلام في الأهلية . ومن هذه الحالات ما تنص عليه المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال من أنه « يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف غيا يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته » .

٢٩٧ - (٣) الوطن المختار :

الوطن المختار *le domicile d'élection ou domicile élu* هو المكان يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين ، سواء كان ذلك بمقتضى عقد يبرمه مع شخص آخر ، أو كان بإرادته المتفردة . وقد نصت عليه المادة ٤٣ فقرة أولى من التقنين المدني فقالت : « لا يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين » .

فإذا تعامل شخص مع آخر يقيم في مكان بعيد أمكنه أن يوفر على نفسه مؤونة الانتقال الشاق لمقاضاته في محكمة موطنه ، فيتفق معه على أن يكون الاختصاص بالنسبة إلى المنازعات المتعلقة بالعقد المبرم بينهما لمحكمة قريبة ، وبذلك يكون قد اختار موطنه خاصا للمقاضى . وهذه هي الصورة الكثيرة الوقوع في الحياة العملية . على أنه قد يختار المتعاقد مكان شخص يوجد في دائرة المحكمة التي يريد التقاضى أمامها ، فيختار موطنه له مكتب محاميه . وفي هذه الحالة يتضمن إختيار الموطن الخاص أمرين ، هما

(١) تنص المادة ١١٢ من التقنين المدني على أنه « إذا بلغ العصبى المميز ثامنة عشرة من عمره ، وأذن له في تسلل أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » (انظر كذلك المادتين ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

وتنص المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال على أنه « يجوز المحجور عليه السفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وفي هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التي تسرى في شأن القاصر الماذون » .

تعيين المحكمة المختصة وإقامة وكيل ، فتختص المحكمة بالفصل فيما يقع من نزاع وتعلن للوكيل (المحامى) الأوراق التى توجه إلى الشخص فى شأن هذا النزاع .

والموطن الذى يختار لتنفيذ عمل قانونى معين لا يكون هو موطن التنفيذ الاختيارى فحسب ، بل يكون كذلك موطن التنفيذ الجبرى . وقد نصت على ذلك المادة ٤٣ فقرة ثالثة من التقنين المدنى فقالت : « والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل مايتعلق بهذا العمل بما فى ذلك لإجراءات التنفيذ الجبرى إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى » . ولكن الاتفاق على موطن خاص للتنفيذ الجبرى (للتقاضى) لا يحصل من هذا الموطع موطنا للتنفيذ الاختيارى :

وتجب الكتابة فى إثبات إختيار الموطن الخاص أيا كانت قيمة العمل الذى أختير الموطن من أجله . فقد نصت المادة ٤٣ فقرة ثانية مع التقنين المدنى على أنه : « لا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة » : وهذا حكم خرج فيه الشارع على القواعد العامة فى الإثبات ضمانا لاستقرار المعاملات :

والأصل أن يكون إتخاذ موطن مختار أمرا جواريا للشخص . غير أن القانون قد يحتم إختيار موطن خاص . من ذلك ماقتضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من أنه يجب على الدائن الذى يكون صاحب حق عيى عقارى تبعى يشهر بطريق القيد أنه يعين موطنا مختارا فى دائرة المحكمة التى يقع فى اختصاصها العقار محل الحق . وكذلك ماقتضى به المادة ٨٤ من تقنين المرافعات من أنه « على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه » :

ويقصر الموطن المختار على العمل القانونى الذى أختير من أجله ، ففما عدا هذا العمل يكون المول عليه قانونا بالنسبة إلى أعمال الشخص الأخرى هو الموطن العام . وهذا الاختيار فى الواقع ليس سوى شرطا مرتبطا بالعمل الذى تم من أجله ، فهو يبنى إلى أن يتم تنفيذ هذا العمل . فإذا مات من اختار الموطن قبل تنفيذ العمل انتقل الموطن المختار إلى ورثته ، شأنه فى ذلك شأن العمل القانونى الذى ارتبط به ، وهو يختلف فى هذا عن الموطن العام الذى يعتبر من خصائص الشخصية ، فلا ينقل من شخص إلى آخر :

المبحث الثالث الأهلية

٢٩٨ - فظة البحث :

نتناول في هذا المبحث أهلية الأداء . وتقضى دراستها أن نتعرض لما يوصل بها من أحكام الولاية على المال . ومن ثم نبدأ بالتعريف بأهلية الأداء وتحديد نطاقها ، ثم نتناول أحكامها ، ونعرض في النهاية لأحكام الولاية على المال :

المطلب الأول

التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها

٢٩٩ - أهلية الأداء :

تنصب دراستنا في هذا المقام على أهلية الأداء : فهي التي تقوم على مدى مايتوفر للشخص من قدرة إرادية لمباشرة التصرفات القانونية . وهي التي ينصرف إليها لفظ الأهلية عند إطلاقه : ومن ثم يجب لبيان معناها أن نميز بينها وبين أهلية الوجوب .

فأهلية الوجوب *Capacité de jouissance* ؛ كما رأينا ، وصف في الشخص يقوم على مدى صلاحيته لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات . وقد تتوفر للشخص بالنسبة إلى حق معين ولا تتوفر بالنسبة إلى حق آخر . ويقدر مايستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق ويتحمل به من واجبات تكون أهلية الوجوب لديه ، بحيث يمكن أن تكون كاملة أو ناقصة : وعلى هذا الأساس فرقنا بينها وبين الشخصية . فكلاهما صلاحية تتوفر للشخص لكسب الحقوق والتحمل بالواجبات . ولكنهما يختلفان في أن الشخصية تعبير عن وصف مجرد لايقبل التقصان ، فهي تثبت للشخص ولو لم يكن صالحا إلا لكسب حق واحد . بينما أهلية الوجوب تعبير عن مدى مايتوفر للشخص من صلاحية.

فى هذا الخصوص (١). وسواء بالنسبة إلى هذه أو تلك فلا علاقة لما بما يتوفر للشخص من قدرة إرادية ، فهما تثبتان لعدم الإرادة .

أما أهلية الأداء *Capacité d' exercice* فهى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه على وجه يعتد به شرعا . أى أنها صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ، كالبيع والإيجار والوصية وغير ذلك من التصرفات .

والتصرف القانونى *acte juridique* هو عمل الإرادة حين تنجه إلى إحداث أثر قانونى معين . ولما كان التصرف القانونى قوامه الإرادة على هذا النحو ، وكانت أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ، فإن مناط هذه الأهلية عند الشخص هو التمييز . ومعنى ذلك أن مدى أهلية الأداء عند الشخص يتحدد بحسب مدى قدرته على التمييز ، أى مدى قدرته على وزن التصرفات وتبين ما تنطوى عليه من نفع أو ضرر . ومن هذا تختلف أهلية الأداء عن أهلية الوجوب فى أن الأولى لا تتوفر إلا للشخص أصاب درجة من التمييز تنهض بقدرته على القيام بالتصرفات القانونية .

٣٠٠ - التمييز بين الأهلية وما يشبه معها :

تجب التفرقة أولا بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه على وجه يعتد به شرعا . وبعبارة أخرى هى صلاحيته للقيام بعمل ينتج أثره فى حقه أى فى ماله . أما الولاية فصلاحية للقيام بعمل ينتج أثره فى حق شخص آخر أى فى مال الغير . فمثلا الولى والوصى والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال القاصر والمحجور عليه والغائب . فإذا تولى الوصى عن القاصر القيام ببعض الأعمال القانونية ، فإن عمل الوصى ينتج أثره فى ذمة القاصر ، ولا يقال إن الوصى يقوم بهذه الأعمال لأنه أهل لها ، وإنما يقال إن الوصى يقوم بهذه الأعمال لأن له الولاية على مال القاصر . ومن هنا تكون الأهلية صلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه ، بينما الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٦١ .

وترتكز الأهلية على التمييز ، فهي بذلك ترجع إلى اعتبار في الشخص نفسه : فإذا كان الشخص عديم الأهلية كان ذلك راجعا إلى فقدان التمييز عنده ، وهذا الانعدام لا يمكن للشخص معه أن يباشر التصرف القانوني بنفسه ، ولكن يجوز لغيره أن يباشره نيابة عنه . ومن هنا تجب التفرقة بين حالة انعدام الأهلية وحالات أخرى لا يجوز للشخص فيها أن يتصرف في المال سواء بنفسه أو بواسطة من يتوب عنه ، وذلك لاعتبارات خارجة عنه :

قد يقف شخص مالا ، فيصبح هذا المال غير قابل للتصرف فيه . وعدم قابلية المال للتصرف صفة تلحق المال ولا تلحق الشخص . فالواقف لا يمكنه أن يتصرف في المال الذي وقفه ، لأنه غير أهل لذلك ، ولكن لأن المال الموقوف لا يجوز التصرف فيه ، وذلك نظرا إلى اعتبارات تتعلق بأغراض البر التي رصد هذا المال من أجلها .

وقد يشترط شخص على آخر في عقد هبة أو في وصية ألا يتصرف في المال الموهوب أو الموصى به خلال مدة معينة تحقيقا لمصلحة مشروعة (م ٨٢٣ و ٨٢٤ مدينى) ، فيمتنع على الموهوب له أو الموصى له أن يتصرف في المال طوال هذه المدة . وهذا المنع من التصرف بمقتضى الشرط لا ينتقص من أهلية المالك ، وإنما يراد به تحقيق مصلحة مشروعة خلال مدة معقولة من الزمان :

وقد يحرم القانون على الشخص أن يبرم تصرفا معيناً . كما هو ممنوع على القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وكتبة المحاكم والمضربين أن يشتروا الحق المتنازع فيه إذا كان النظر في النزاع يدخل في إختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (م ٤٧١ مدينى) . وكما هو ممنوع على من يتوب عن غيره أن يشتري ما يبط به يمينه بموجب هذه النيابة (م ٤٧٩ مدينى) : فهذا المنع من التصرف لا أثر له على أهلية الشخص ، وإنما فرضه القانون لاعتبارات يراها الشارع ، وهي تأكيد نزاهة القضاء وصيانة سمعته في الصورة الأولى ، وحماية مصلحة الأهلل التي تتعارض مع مصلحة النائب في الصورة الثانية :

٣٠١ - اقتصار مؤهلية على التصرفات القانونية :

إن الأعمال التي تصدر من الشخص وتترتب عليها آثار قانونية قد تكون أعمالاً مادية ، وقد تكون أعمالاً أو تصرفات قانونية .

والأعمال المادية ذات الأثر القانوني قد يريد بها الشخص ويريد الأثر المترتب عليها ، كما إذا صدر من الشخص عمل نافع أرى به الغير على حسابه دون سبب بأن قام مثلاً بإصلاح حائط للجدار معرض للسقوط دون أن يكون ملزماً بذلك . وقد يريد الشخص العمل ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن قصد منه بأن ارتكب جريمة عن عمد . وقد لا يريد الشخص العمل الصادر منه ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن إهمال بأن صدم أحد المارة بسيارته . والحكم في جميع هذه الحالات واحد ، وهو أن الأثر الذي يترتب على العمل المادى إنما يقع بقوة القانون بصرف النظر عن إرادة الشخص الذي صدر منه هذا العمل .

أما الأعمال أو التصرفات القانونية فهي أعمال الإرادة المحضة تنبج إلى إحداث أثر قانوني : حيث تعتمد في وجودها وفي آثارها على إرادة الشخص ، فالآثار التي تنبج عنها إنما تترتب بسلطان الإرادة لا بقوة القانون . أى أنه هذه الآثار تقع لأن الإرادة قد انجذبت إليها :

وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لمباشرة الأعمال أو التصرفات القانونية ، فهي تعتمد في وجودها وفي مداها على ما يتوفر للشخص من قدرة إرادية على مباشرة هذه التصرفات . ولهذا قلنا إن مناط الأهلية هو التمييز :

وعليه فالأهلية لا ينظر إليها إلا في خصوص التصرفات القانونية : فهي التي تبين مدى صلاحية الشخص لمباشرة هذه التصرفات . أما الأعمال المادية ، كالعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، فإنها لا تستند إلى أهلية عند الشخص فيما يتعلق بترتيب أثارها . وليس صحيحاً أن يقال إن الشخص أهل لكسب حق أو تحمل التزام بترتيب

على هذه الأعمال ، لأن آثارها تترتب عليها بوصفها مصادر للالتزام ، فهي آثار يرتبها القانون كيفما كانت لإرادة الشخص :

وما يقضى به القانون من وجوب توافر التمييز عند الشخص لمسؤوليته عن أعماله غير المشروعة ، وعدم وجوب ذلك لالتزامه بالتعويض عن الإثراء دون سبب إنما يتعلق بتحديد مدى أهلية الوجوب . فقد نصت المادة ١٦٤ من التقنين المدني على أنه « ١ - يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صلت منه وهو مميز . ٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من دفع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم » . ونصت المادة ١٧٩ من هذا التقنين على أن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد » : وبناء على هذين النصين ذهب البعض إلى أن أهلية الأداء إنما تكون كذلك بالنسبة إلى الأعمال المادية ، فهي تتوافر بالنسبة إلى المسئول عن العمل غير المشروع إذا كان الشخص مميزاً ، وتتوافر بالنسبة إلى الالتزام بالتعويض عن الإثراء دون سبب ولو كان الشخص غير مميز : والواقع أن حكم هذين النصين لا علاقة له بأهلية الأداء ، وإنما يتعلق الأمر بأهلية الوجوب كما قلنا . فأهلية الأداء لا تطلب إلا بالنسبة إلى الوقائع أو التصرفات القانونية ، تلك التي يكون قوامها إرادة محضة تنبج إلى إحداث أثر قانوني .

٣٠٢ - تقسيم التصرفات القانونية من حيث الأهلية :

تنقسم التصرفات القانونية من حيث الأهلية إلى أنواع ثلاثة :

- ١ - تصرفات نافذة نفعاً محضاً ، وهي التي يثرى من يباشرها دون أن يدفع مقابلًا . وتشمل أعمال الاعتناء ، كقبول الهبة .
- ٢ - تصرفات ضارة ضرراً محضاً ، وهي التي يفتقر من يباشرها دون أن يأخذ مقابلًا . وتشمل أعمال التبرع ، كهبة الشخص لماله وإيرائه لمدينه .

٣ - تصرفات دائرة بين النفع والضرر ، وهى التى تحتل بأصل وضعتها الربح والخسارة . وتشمل أعمال التصرف وأعمال الإدارة . ويراد بأعمال التصرف تلك التى تنطوى على تقرير حق عيى للغير على الشئ ، كالبيع والرهن بالنسبة إلى الراهن . أما أعمال الإدارة فهى التى ترى إلى استغلال الشئ دون المساس بأصله بحيث تتفق مع الاستعمال الذى أعد له الشئ من قبل ، كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . فإذا كانت تتضمن تغييرا أساسيا فى الشئ أو تعديلا فى الغرض الذى أعد له كانت من أعمال الإدارة غير المعتادة ، كإعادة بناء منزل أو البناء فى أرض زراعية لإعدادها للاستغلال الصناعى :

فإذا توفرت لدى الشخص أهلية كاملة كان صالحا لمباشرة جميع هذه التصرفات ، فيكون أهلا للاغتناء والإدارة والتصرف والتبرع . وإذا كان الشخص ناقص الأهلية ، كالصبي المميز والسفيه وذى الغفلة ، فإنه يصلح لمباشرة أعمال الاغتناء وكذلك أعمال الإدارة فى مرحلة معينة كما سنرى ، ولا يصلح وحده لمباشرة أعمال التصرف ، ولا يصلح أبدا لمباشرة أعمال التبرع . وإذا كان الشخص عديم الأهلية ، كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ، فإنه لا يصلح لمباشرة أى من هذه التصرفات :

ويلاحظ أن العبرة فى التصرف الذى يدور بين النفع والضرر هى بأصل وضعه : فمثلا إذا كان هذا التصرف بيحا وصلو من صبي مميز ، فإنه يقع قابلا للإبطال حتى لو كان ينطوى على ربح للقاصر ، كأن يكون قد تصرف فى المبيع بأكثر من قيمته . فيتعين على القاضى أن يجيب طلب الإبطال حتى لو بدا له أن هذا الطلب ليس فى مصلحة ناقص الأهلية :

٣٠٣ - الأهلية والإرادة :

الأهلية مناطها التمييز ، والتمييز منه الإدراك ، وهو أساس الإرادة : ففانقد التمييز فانقد الإرادة وفانقد الأهلية : ونانقص التمييز نانقص الإرادة ونانقص الأهلية ، وكامل التمييز كامل الإرادة وكامل الأهلية :

إلا أن الحكم يختلف عند الطعن في التصرف بالبطان بحسب ما إذا كان سبب الطعن هو انعدام الأهلية أو انعدام الإرادة . فإذا كان من أبرم التصرف صبيًا لم يبلغ السابعة أو مجنونًا مجبورًا عليه كان الطعن في التصرف على أساس انعدام الأهلية ، وفي هذه الحالة لا يكون على الطاعن أن يثبت انعدام الإرادة ، لأن القانون يفرض حينئذ بطلان التصرف بمقتضى قاعدة موضوعية أمره تقوم على قرينة ، وليس بمقتضى قرينة قانونية . ويكون تصرف المجنون في هذه الحالة باطلا حتى لو أبرم التصرف في فترة إفاقة ، لأنه بالحجر يعتبر فاقد الأهلية قانونًا . أما إذا كان من أبرم التصرف مجنونًا لم يحجر عليه فإن الطعن في التصرف يكون على أساس انعدام الإرادة ، وفي هذه الحالة يجب على الطاعن أن يقيم الدليل على انعدام الإرادة وقت إبرام التصرف .

وهناك فارق آخر في هذا الخصوص : وهو أن الطعن بسبب عدم توفر الأهلية للالتزمة يكون إما لانعدامها أو لنقصها ، بينما لا يكون الطعن بسبب عدم توفر الإرادة إلا حين انعدامها . ويرتب على ذلك أن عوارض الأهلية التي لاتعلم الإرادة عند الشخص ، وهي السفه والغفلة ، لاتؤثر على صحة التصرف قبل الحجر ، وإنما يكون لها هذا الأثر بعد الحجر بسبب نقص الأهلية .

٣٠٤ - الأصل في الشخص أنه يكون حامل الأهلية :

تقول المادة ١٠٩ من التقنين المدني في هذا المعنى إن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » . فهذه النص يجعل الأصل كمال الأهلية لدى الشخص ، بحيث لا يعتبر الشخص فاقد الأهلية أو ناقصها إلا بمقتضى نص في القانون .

ومن هذا يكون كمال الأهلية لدى المتعاقد هو الوضع الظاهر فيما يتعلق بعبء الإثبات . وعلى من يدعى عدم الأهلية أن يثبت ما يدعيه : فإذا قام الدليل على انعدام الأهلية أو نقصها كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال : ولا يقبل من الطرف الآخر أن يثبت بأنه كان يعتقد أن من يتعاقد معه كامل الأهلية .

لكن إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته ، فإن هذا منه يعتبر عملاً غير مشروع يؤدي إلى التزامه بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الطرف الآخر : وتقول المادة ١١٩ من التفتين الملحق في هذا المعنى إنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهنا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » : فهذه الطرق الاحتيالية من جانب ناقص الأهلية ، ولو أنها لا تهلر حقه في طلب إبطال العقد ، إلا أنها تؤدي إلى إلزامه بالتعويض : وقد يرى للقاضي أن خير تعويض هو إبقاء العقد ، إذ أن القواعد العامة تجب أن يتخذ التعويض هذه الصورة : ومعنى هذا أن إلزام ناقص الأهلية في هذه الحالة بماتعهد به يكون بمثابة تعويض عن الضرر الذي سببه عمله غير المشروع ، ولا يكون أساسه العقد : وواضح من النص أنه لا يكتفى لاتطابق حكمه أن يقتصر ناقص الأهلية على مجرد الكذب ، بأن يؤكد لمن يتعاقد معه أنه كامل الأهلية ؛ بل يجب أن يلجأ في هذا الشأن إلى طرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت بها أنه بلغ الرشد .

٣٠٥ - أعلام مؤهليه من النظام العام :

تتعلق أحكام الأهلية بالنظام العام : فلا يجوز الاتفاق على إعطاء شخص أهلية لا تتوافر له بحكم القانون ، أو حرمانه من أهلية ينحولها القانون إياه . وهذا ما تنص به المادة ٨ : من التفتين الملحق ، إذ تنص على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . فلذا اتفق شخص رشيد مع آخر على النزول عن أهليته في التصرف في ماله كان هذا النزول باطلا . وإذا باع قاصر عقارا وتمهد للمشتري بعدم المطالبة بإبطال هذا البيع بعد بلوغه الرشد كان هذا التعهد باطلا :

المطلب الثاني أحكام الأهلية

٣٠٦ - العوامل التي تتأثر بها الأهلية :

وضح لنا ما تقدم أن أهلية الأداء هي قدرة الشخص على إجراء التصرفات القانونية ، ولها كان مناط الأهلية هو التمييز أو الإرادة . ففقد التمييز فاقد الأهلية ، وناقص التمييز ناقص الأهلية ، وكامل التمييز كامل الأهلية :
ولما كان التمييز يكتمل تدريجياً لدى الإنسان بحسب السن ، فإن الأهلية تتلوج هي أيضاً تبعاً لذلك . ومن هذا كان السن هو العامل الأول الذي تتأثر به الأهلية . وقد يبلغ الإنسان سن الرشد ، ولكن يطرأ عليه عارض يتأثر به التمييز عنده ، فيكون لهذا العارض أثره بالتالي على الأهلية . وقد يكون الإنسان رشيداً لم يصبه عارض يؤثر على أهليته ، ومع ذلك يقوم لديه مانع طبيعي أو مادي أو قانوني يحول دون مباشرة الأهلية . فهذه إذا عوالم ثلاثة تتأثر بها الأهلية تتناولها فيما يلي ، فتكلم في تدرج الأهلية بحسب السن ، ثم في عوارض الأهلية ، ثم في موانع الأهلية .

أولاً : تدرج الأهلية بحسب السن

٣٠٧ - أروار السن بالنسبة إلى الأهلية :

تنقسم حياة الإنسان بالنسبة إلى الأهلية إلى ثلاثة أدوار : الدور الأول من وقت الولادة إلى سن التمييز ، وهي السابعة ، وفيه يكون الصبي غير مميز . والثاني من سن التمييز إلى سن الرشد ، وهي إحدى وعشرون سنة ، وفيه يكون الصبي مميزاً . وفي هذين الدورين يطلق على الصغير اصطلاح « القاصر » . والثالث من سن الرشد إلى الموت ، وفيه يكون الإنسان بالغاً رشيداً :

وقد ربط القانون في هذه الأدوار بين السن ودرجة الأهلية ، فاعتبر الصبي غير

المميز عديم الأهلية ، والصبي المميز ناقص الأهلية ، والبالغ الرشيد كامل الأهلية . كما
يبن حكم التصرفات التي تصدر من الشخص في كل من هذه الأدوار من حيث الصحة
والبطالان : وهذا كله بمقتضى قواعد موضوعية تقوم على قرائن ، وليس بمقتضى
قرائن قانونية :

٣٠٨ - (١) الصبي غير المميز :

يكون الصبي غير مميز من وقت ولادته إلى سن التمييز وهي السابعة : ففي هذه
الفترة يكون فاقد التمييز لضعف بنية وقصور عقله ، فلا تكون له أهليته أداء مطلقا .
وفي هذا تقول المادة ٤٥ : من التفتين المدني : ١ - لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية
من كان فاقد التمييز لصغري للسن . ٢ - وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز .
وعليه فجميع تصرفات الصبي غير المميز تقع باطلة ، حتى لو كانت نافعة له ففعل
عضوا كقبول المبة : وهذا ماقتضى به المادة ١١٠ من التفتين المدني ، إذ تنص على أنه :
« ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » .
ذلك أن الإرادة هي قوام التصرف القانوني ، والصبي غير المميز عديم الإرادة ، وبذلك
تكون تصرفاته باطلة . والبطالان هنا مطلق ، بحيث لا يكون للتصرف وجود قانوني
فلا يترتب عليه أثر . ومن ثم يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، وللمحكمة
أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول بالإجازة من أحد .

٣٠٩ - (٢) الصبي المميز :

يكون الصبي مميزاً من سن التمييز ، وهي السابعة ، إلى سن الرشد ، وهي إحدى
وعشرون سنة ميلادية . ولا يقصد بوصفه مميزاً أنه أصاب تمييزاً كاملاً ، فهذا معناه
بلوغ الرشد ، وإنما يقصد بهذا الوصف أن الصغير قد توفرت له بعض أسباب التمييز ،
فهو لا يزال ناقص العقل ، ولذلك يكون ناقص الأهلية . وقد نصت على ذلك المادة ٤٦
من التفتين المدني بقولها إن « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ
سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » .

وتقول المادة ١١١ من التفتين المدني في حكم تصرفات الصبي المميز ما يأتي :
 ١ - إذا كان الصبي مميزا كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعا محضا ،
 وباطلة متى كانت ضارة ضررا محضا . ٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع
 والضرر ، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ، ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا
 أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه مع الرشد ، أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من
 المحكمة بحسب الأحوال وفقا للقانون .

ويتبين من هذا أن الصبي المميز له أن يباشر التصرفات النافعة نفعا محضا ،
 إذ تكون له أهلية أداء كاملة بالنسبة إليها ؛ وليس له أن يباشر التصرفات الضارة ضررا
 محضا ، إذ يكون عديم الأهلية بالنسبة إليها ، فإن باسرها وقعت باطلة . ولا يستطيع
 أن يباشرها عنه الولي أو الوصي إلا في الحدود التي سنها عند الكلام في الولاية على
 المال . أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون له بالنسبة إليها أهلية ناقصة ،
 إذ هو لا يملك مباشرتها ، وإنما يتولاها عنه الولي أو الوصي في الحدود التي سذكرها .
 فبما بعد ، فإذا قام بها الصغير نفسه وقعت قابلة للإبطال : وهذا الإبطال يطلبه الولي
 أو الوصي أو الصغير بعد بلوغه الرشد . ويصبح التصرف صحيحا بصفة نهائية بحيث
 لا يمكن طلب إبطاله إذا أجازته الصغير بعد بلوغه الرشد ، أو أجازته الولي أو الوصي
 أو المحكمة بحسب ماخوله القانون كلا منهم من سلطة القيام بالتصرف أو الإذن به كله
 سري . كما يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتم التمسك به خلال ثلاث سنوات من يوم
 اكتمال الأهلية . ويلاحظ أن إبطال التصرف لا يتمسك به إلا من شرع الإبطال
 لمصلحته ، وهو هنا ناقص الأهلية ؛ فلا يجوز لمن تعاقده معه أن يطلب الإبطال على
 أساس هذا النقص في الأهلية (١) .

(١) وتستثنى من ذلك الإجراءات القضائية التي يتخللها ناقص الأهلية ، إذ يجوز للطرف الآخر أنه
 يدفع بعدم قبول الدعوى أو بعدم السير فيها . فقد قضت محكمة النقض بأن « الأصل في التصرفات المالية
 الدائرة بين النفع والضرر ، وكذلك الإجراءات القضائية المتعلقة بها التي يباشرها ناقص الأهلية أو باسرها
 عنه نائبه الذي يتقمه الإذن في مباشرتها » الأصل فيها هو الصحة ما لم يقض بإبطالها لمصلحة ناقص الأهلية
 دون الطرف الآخر . ولكن لما كان الوضع يختلف في الإجراءات القضائية عنه في التصرفات من ناحية أن

تلك هي القاعدة فيما يتعلق بمنى الأهلية التي تتوفر للصبي المميز : غير أن الشارع خرج على هذه القاعدة في حالات معينة نذكرها فيما يأتي :

١ - تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال على أن : للقاصر أهلية التصرف فيما يسل له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط ، وبهذا تتوفر للصبي المميز (١) أهلية الإدارة والتصرف في ماله المخصص لأغراض نفقته (٢) ، فلا تكون له أهلية التبرع بهذا المال (٣) . وقد حاه الشارع في هذا المجال ، فلم يحل التزامه المتعلق بهذه الأغراض صحيحاً إلا في حدود هذا المال فحسب :

الطرف الآخر يشارك في التصرفات مختاراً حين أنه يخضع لإجراءات التقضائية على غير إرادته ، ومن المسلم أن له مصلحة في ألا يحصل إجراءات مشوبة وغير حامية للضرورة ، لما كان ذلك جائز له استثناء عن سبل حماية هذه المصلحة ، وبالتالي الذي تستلزمه هذه الحماية أن يرفع في هذه الحالة يعدم قبول الدعوى أو يعدم الجرحاء (نقض ملف في ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ٢ - ١٦٢ - ٣١) .

(١) يرى البعض أن هذا الحكم يتعلق بالنسبة إلى القاصر سواء كان صبياً يميز أو غير يميز ، وذلك استناداً إلى عبارة النص ، وإلى الحكمة من تقرير الاستثناء . لكن يلاحظ على هذا الرأي أن النصبي غير المميز يعدم الإرادة ، ولذلك فإن المذكرة الإيضاحية للشار إليها فيها بل تبين أن المقصود بالقاصر في هذا الحكم هو ناقص الأهلية أي النصبي المميز . فهذا هو الشخص الذي يتوافر له قدر من التمييز ينهض بتقرير الاستثناء لصالحه .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الولاية من المال في هذا النص ما يأتي : « وقد أريد بهذا النص التوفيق بين التواعد التي تقضى بتقابلية تصرفات ناقص الأهلية بالاطلاق وبين الضرورات العملية التي تجعل ناقص الأهلية مسلطاً بحكم الواقع على مال يتصل بالناس في حدوده وكلهم ملطحن إلى سلامة هذا التعامل واستجابته لأغراض جديرة بالرعاية . ولذلك رأى المشرع أن يسار يرض للتشريعات الأجنبية ، فيقرر القاصر أهلية محدودة تقتصر على ما يسل له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته . وعلى هذا النحو يكون القاصر في حدود هذا المال أهلاً للإدارة والتصرف ، وتكون أعمال إدارته وتصرفاته صحيحة ، والمرجح في تعيين تلك الحدود هو ما جرت به العادة مع الاعتماد بطرف الأشخاص ويضهم الاجتماعية » .

(٣) يرى فريق من فقهاء أن النصبي المميز تثبت له أهلية مباشرة جميع التصرفات في خصوص هذا المال بما فيها أعمال التبرع . لكن يلاحظ على هذا الرأي أن اصطلاح التصرف في خصوص قانون الولاية على المال إنما يقتصر على أعمال التصرف بالمال الذي حددناه فيما تقدم ، فلا يشمل أعمال التبرع .

٢- وتنص المادة ٦٢ من هذا القانون على أن : للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لأحكام القانون ، وللمحكمة بناء على طلب الوصى أو ذى شأن إنهاء العقد ورعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة . ومن هذا يملك الصبي المميز إبرام عقد العمل الفردى ، فيقع العقد صحيحا غير قابل للإبطال . ولكن ، رعاية لمصلحة القاصر ، إذا وجدت أسباب تدعو إلى إنهاء العقد ، كالتحشية على صحته من وطأة مشقة العمل أو الرغبة في توجيهه وجهة أخرى أو الحرص على تعليمه لضمان مستقبل أفضل ، فإن للمحكمة بناء على طلب أى ذى شأن أن تقضى بإنهاء العقد .

٣- وتنص المادة ٦٣ من هذا القانون على أنه : يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته - ومع ذلك فلمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية . قالقاصر الذى بلغ السادسة عشرة تكون له أهلية الإدارة والتصرف فى أجره أو مرتبه أو كسبه من مهنته . وقد أراد الشارع بهذا الحكم أن يشجع القاصر الذى توفرت لديه فى هذه السن القدرة على الكسب ، لأن امتداد سلطة الولى أو الوصى إلى ما يكسبه من عمله يثبط همته ويحد من رغبته فى السعى والإنتاج . كما حاه الشارع فى هذا المجال ، فلم يجعله مسئولاً عن ديونه المتعلقة بهذا النشاط إلا فى حدود المال الذى كسبه من عمله ، وذلك حتى لا يضار فى أمواله الأخرى : وإذا اقتضت مصلحة أن يقيد تصرفه فى هذا المال ، كما هى الحال إذا أساء التصرف فيه ، فإن للمحكمة أن تخضعه فى شأنه للولاية أو الوصاية .

٤- وتنص المادة ٦٥ من هذا القانون على أنه : إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال كان ذلك إذنا له فى التصرف فى المهر والنفقة مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق . فلإذن المحكمة فى زواج القاصر ، سواء كان ذكرا أم كانت أنثى ، يجعل للقاصر أهلية التصرف فى المهر والنفقة . حيث يكون للزوج أن يباشر إعطاء المهر والنفقة للزوجة ، ويكون للزوجة أن تتصرف فيما تأخذ من مهر أو نفقة .

٥ - وتنص المادة ١١٢ من التقنين المدني على أنه : إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون . فالقاصر في سن الثامنة عشرة يكون له أهلية فيما يتعلق بأعمال الإدارة ، وذلك بشرط أن يؤذن له في تسلم أمواله لإدارتها ممن يملك هذا الإذن ، وفي الحدود التي يرسمها قانون الولاية على المال : فيشترط لتوافر هذه الأهلية أن يؤذن للقاصر في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها : وللولى أن يأذن للقاصر في ذلك ، ويكون هذا الإذن بإشهاد لدى الموثق ، وله أن يسحب الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر ، وذلك مع مراعاة الشهر الواجب طبقاً للمادة ١٠٢٧ مرافعات (م ٥٤ من قانون الولاية على المال) : ويجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر في ذلك ، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضي سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض (م ٥٥) : وإذا قصر القاصر في تقديم الحساب السنوي الواجب عليه أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه بعد سماع أقواله (م ٥٩) .

وأهلية الإدارة التي تتوفر للقاصر في هذه السن ليست كاملة . فله أن يباشر أعمال الإدارة ، وله أن يقي ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال . ولكنه لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة (١) ، ولا أن يقي الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك : ولا يجوز له أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً (م ٥٦) .

(١) بلاط أن المادة ٣٥ من قانون الإصلاح الزراعي الصادر في سنة ١٩٥٢ تنفي بأنه ولا يجوز أن تقل مدة إيجار الأرض الزراعي من ثلاث سنوات . ويرتب على ذلك أن القاصر في الحالة التي نحن بصدها لم يقد في اصطلاحه أن يؤجر الأرض الزراعية لمدة سنة ، وإنما عليه الحصول على إذن في تأجيرها لمدة لا تقل من ثلاث سنوات .

وتنقض المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنه ولا يجوز للقاصر سواء كان مشمولاً بالولاية أو بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنت المحكمة في ذلك إذا مطلقاً أو مقيداً : فالإذن بالإدارة لا يتضمن الإذن بالتجارة : وإنما يستطيع القاصر في هذه السن أن يزاول التجارة إذا صدر له في ذلك إذن خاص ، وفي حدود هذا الإذن . ويعتبر القاصر المأذون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه (م ٦٤) : وإذا كانت النصوص صريحة في أن الإذن إنما يتناول أعمال الإدارة فحسب في حدود معينة ، إلا أن للقاصر كذلك بحكم طبيعة الأشياء أن يقوم بأعمال التصرف التي تقتضيها هذه الإدارة ، كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة :

ويخضع القاصر المأذون في إدارته لرقابة المحكمة . فقد نصت المادة ٥٨ من قانون الولاية على المال على ما يأتي : « على المأذون له في الإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى . والمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله لإحدى خزانة الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها » :

٦ - تجيز المادة الخامسة من قانون الوصية وصية القاصر الذي بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية ، على أن يكون ذلك بإذن المحكمة الحسبية : ويبرر هذا الحكم ، رغم كون الوصية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، أن الوصية لا تلحق ضرراً بمال الموصى لأنها لا تنفذ إلا بعد وفاته (١) ، وأن المحكمة فيما لها من سلطة الإذن أو الرقض تقلد مدى سلامة التصرف ،

٣١٠ - (٣) البالغ الرشيد :

تنص المادة ٤٤ مع التقنين المدنى على أن « ١ - كل شخص بلغ سن الرشيد متمتعاً بقواه العقلية (٢) ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية » ٢ - وسن الرشيد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة .

(١) وهذه هي حجة الشافعى في إجازة وصية العصبى للمير .

(٢) يعتبر الشخص متمتعاً بقواه العقلية إذا لم يكن مجنوناً أو معتماً ، فلا يؤثر على قواه العقلية

أن يكون سقيماً أو ذا غفلة .

ذلك أن الأصل في الشخص أن يتوفر له الإدراك الكامل بلوغه سن الرشد ، وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية ، فيصبح كامل الأهلية ، بحيث يصلح لمباشرة جميع التصرفات القانونية . ومقتضى هذا أن تنتهى الولاية أو الوصاية على ماله في هذه السن . ولكن قد يعرض له قبل بلوغ هذه السن عارض يصيب العقل كالجنون أو العته ، أو يفسد التدبير كالفقه أو الثقل ، فتحكم المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، وفي هذه الحالة لا تكتمل أهليته رغم بلوغه هذه السن . وقد نصت المادة ١٨ من قانون الولاية على المال في هذا المعنى على أنه « تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه » . كما نصت المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه « تنتهى مهمة الوصى ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه » .

ويظهر من نص المادة ٤٤ مدنى الذى ذكرناه أنه يشترط لاكمال الأهلية عند الشخص بلوغه سن الرشد أن يكون متمتعاً بقواه العقلية . ومقتضى هذا أن الشخص إذا بلغ سن الرشد مجنوناً أو معتوها فإنه يعتبر فاقد الأهلية حتى ولو لم يصدر حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . وقد كان هذا الحل متفقاً مع حكم قانون المحاكم الحسبية الذى كان نافذاً من قبل ، حيث كانت المادتان ١٣ و ٣٠ من هذا القانون تقضيان بأن تنتهى الولاية أو الوصاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه لسبب من أسباب الحجر ، إلا إذا بلغها مجنوناً أو معتوها فإن الولاية أو الوصاية تستمر عليه ولو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة .

ولكن المادتين ١٨ و ٤٧ من قانون الولاية على المال ، وهو الذى صدر بعد صدور التفتين المدنى وحل محل قانون المحاكم الحسبية ، لا تشترطان لانتهاء الولاية أو الوصاية أن يكون القاصر عند بلوغه سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، بل تكفيان لذلك ببلوغ هذه السن ما لم تكن المحكمة قد حكمت باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . فإذا

— وقد رأينا تطبيقاً لذلك أن الجنون والتهة يؤثران في صحة التصرف رغم عدم الحجر على أساس انعدام الإرادة ، أما الفقه والثقل فلا يؤثران في صحة التصرف إلا بعد الحجر على أساس نقص الأهلية .

واعينا هذا الحكم فيما يتعلق بانتهاء الولاية أو الوصاية ، إلى جانب ماقتضى به المادة ٤٤ مدنى من اعتبار الشخص فاقد الأهلية إذا بلغ سن الرشد غير متمتع بقواه العقلية ولو لم تحكم المحكمة باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، لترتب على ذلك أن الشخص الذى يبلغ سن الرشد على هذه الحال يكون عديم الأهلية ولكن الولاية أو الوصاية عليه تكون قد انتهت بحكم القانون ، فيظل كذلك إلى أن يصدر قرار من المحكمة بالحجر عليه وتعيين قيم له .

ولتلافى هذه النتيجة اختلف الفقه فى طريقة التوفيق بين حكم المادة ٤٤ مدنى وحكم المادتين ١٨ و ٤٧ من قانون الولاية على المال . ولكننا نفضل الرأى الفقهي الذى يذهب إلى اعتبار الشخص كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد ، فتنهى الولاية أو الوصاية عليه مالم يصدر قبل هذا البلوغ قرار من المحكمة بتنى الأهلية عنه بسبب عدم تمتعه بقواه العقلية ويقضى باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . وذلك على أساس أن الأصل هو اكتمال القوى العقلية عند الشخص ببلوغه سن الرشد ، وبالتالي اكتمال الأهلية وانتهاء الولاية أو الوصاية ، ومن ثم يلزم صدور حكم بما يخالف هذا الأصل بتنى الأهلية رغم بلوغ هذه السن بسبب الجنون أو العته وعد الولاية أو الوصاية إلى مابعد هذا البلوغ ، ويمتاز هذا الرأى ، فضلا عن اتفاهه مع الأصول العامة على هذا النحو ، بأنه يؤدى إلى استقرار التعامل ، حيث يستطيع الغير أن يعلم بانعدام الأهلية واستمرار الولاية أو الوصاية بمقتضى الحكم الذى صدر فى هذا الشأن .

ومن هذا ننهى إلى أنه إذا بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، ولم يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، أصبح رشيداً ، فتكون له أهلية كاملة بحيث يستطيع مباشرة جميع التصرفات القانونية ، أما إذا حكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية فإنه يظل فاقد الأهلية أو ناقصها بحسب نوع العارض الذى أصابه .

وإذا كان البالغ الرشيد تتوفر له أهلية كاملة بالنسبة إلى جميع التصرفات ، إلا أن الشارع خرج هذه القاعدة حاية له من أن يقع تحت تأثير الوصى فيما يتعلق بالناحية المالية ، حيث قضت المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال بأن يكون قابلاً للإبطال كل تعهد

أو مخالصة تصدر منه لمصلحة الوصى إذا صدرت هذه أو تلك خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب الذى يجب على الوصى أن يقدمه عن إدارته :

ثانيا : عوارض الأهلية

٣١١ - تعريف :

عوارض الأهلية هى أمور تعرض للشخص فتؤثر على التمييز عنده ، وبالتالي على أهليته . وقد تقوم هذه العوارض لدى الشخص قبل بلوغه سن الرشد فتؤدى إلى الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه : وقد تطرأ بعد بلوغ الشخص الرشد فتعطل أهليته أو تنقص منها ، وهى إما عاهات تصيب العقل ، وهى الجنون والعمه ، أو عاهات تفسد التدبير ، وهى السفه والخفلة .

وعوارض الأهلية كالسن من حيث ارتباطها بالتمييز عند الشخص وتأثيرها بالتالى على أهليته . ولكنها تختلف عن السن فى أنها لا تعطل الأهلية أو تنقصها إلا بتوقيع الحجر : فإذا حجر على الشخص أصبح فاقد الأهلية أو ناقصها طالما كان الحجر قائما . فلا تعود الأهلية إلى الشخص بزوال العارض ، وإنما تعود إليه برفع الحجر بناء على زوال العارض : ويلاحظ ما سبق أن أشرنا إليه من فارق بين العوارض التى تعطل الإرادة وتلك التى لا تعطلها . فالجنون والعمه يعدمان الإرادة عند الشخص ، فيكون تصرفه قبل الحجر باطلا لانعدام الإرادة ويتعين إقامة الدليل على ذلك ، ويكون تصرفه بعد الحجر باطلا لانعدام الأهلية بمقتضى الحجر . أما السفه والخفلة فلا يعدمان الإرادة عند الشخص ، فيكون تصرفه قبل الحجر صحيحا ، ويكون تصرفه بعد الحجر باطلا أو قابلا للإبطال بسبب نقص الأهلية بمقتضى الحجر .

وتنص المادة ١١٣ من القانون المدنى على أن « الجنون والعمه وذا الخفلة والسفه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون » : وهذا القانون هو قانون الولاية على المال ، إذ تنص المادة ٦٥ منه على أنه « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعمه أو للسفه أو للخفلة ولا يرفع الحجر

إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيا لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة في هذا القانون .

٣١٢ - (١) الفقرة :

الجنون اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقد التمييز ، وبالتالي فاقد الأهلية .
وقد نصت على ذلك المادة ٤٥ فقرة أولى من التقنين المدني فقالت إنه « لا يكون أهلا
لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون » .

ولكن يشترط لاعتبار المجنون فاقد الأهلية أن يكون قد صدر قرار بالحجر
عليه (١) . وتقع تصرفاته باطلة . فحكم المجنون المحجور عليه حكم الصبي غير المميز
تماما . وقد نصت المادة ١١٤ فقرة أولى من التقنين المدني في هذا الصدد على أنه « يقع
باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » . كما تقتضي
المادة ١٠٢٨ من تقنين المرافعات بأنه يترتب على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على
تسجيل قرار الحجر في تطبيق أحكام القانون المدني . ومن ثم فتصرف المجنون لا يكون
باطلا لفقدان الأهلية إلا إذا صدر بعد تسجيل الطلب المقدم لتوقيع الحجر (م ١٠٢٦
مرافعات) ، فإذا لم يسجل هذا الطلب فبعد تسجيل الحكم بالحجر (م ١٢٠٧
مرافعات) :

وإذا حجر على المجنون فجميع تصرفاته باطلة مطلقاً ، حتى ما صدر منها في أوقات
الإفاقة . فالحجر هو الإجراء الذي به يعتبر المجنون فاقد الأهلية ، وبذلك فيك كل تصرف
بعد الحجر يقع باطلا طالما أنه لم يرفع ، لافرق في ذلك بين تصرف يصدر في وقت
الجنون وآخر يقع في وقت الإفاقة . وهذا الحكم يخالف ما تأخذ به الشريعة الإسلامية ،
فهى تفرق بين جنون مطبق وجنون مققطع ، وفي هذه الحالة الأخيرة يعتبر التصرف

(١) وفي هذا يختلف القانون المصرى مما يلعب إليه الفقه الإسلامى . ففى الشريعة الإسلامية تنعدم
أهلية للمجنون بتمام حالة الجنون دون حاجة إلى صدور قرار بالحجر عليه ، وتعود إليه الأهلية بزوال
الجنون دون حاجة إلى قرار يرفع الحجر عنه .

صحيحاً إذا صدر في حالة إفاقة . ولكن القانون لا يأخذ بهذه الصفة إذا ما حجر على المحنون . فالأهلية التي يفقدها المحنون بالحجر لا تعود إليه بالإفاقة ، وإنما تعود برفع الحجر عنه .

وهناك حالتان استثنائيتان يقع فيهما التصرف باطلاً لفقدان الأهلية رغم صدوره . قبل تسجيل طلب الحجر أو الحكم به : وقد نصت عليهما المادة ١١٤ فقرة ثانية من القانون المدني فقالت : « أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو لعمته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . فقد أراد الشارع أن يحسم المحنون رغم عدم توقيع الحجر عليه إذا كان من تعامل معه سيئ النية ، بأن يعلم بحالة الجنون ، أو كانت هذه الحالة شائعة بحيث يكون في وسعه أن يعلم بها : ففي هاتين الحالتين يكون التصرف باطلاً بسبب إنعدام الأهلية ، فلا يكون على من يمسك بالبطان أن يقدم الدليل على إنعدام الإرادة . أما في غير هاتين الحالتين فلا يمكن الطعن في التصرف إلا على أساس إنعدام الإرادة ، وحينئذ يتعين إقامة الدليل على ذلك (١) :

(١) وقد ذهب فريق كبير من الفقه إلى تعميم الحكم الوارد في النص المذكور ، بمعنى أن في غير الحالتين المذكورتين في النص يكون تصرف المحنون قبل تسجيل قرار الحجر صحيحاً . وذلك بحجة أنه الرأى الذي ذكرناه في المتن يخالف النص ، كما يؤدي إلى بطلان كل تصرفات المحنون قبل الحجر مما يحمل النص عدم الفائدة . لكن يلاحظ على هذا الرأى أن المادة ١١٤ مفادها إنما تتناول حكم تصرفات المحنون على أساس إنعدام الأهلية بحسب المقام الذي وردت فيه ، فهي تتضمن في الفقرة الأولى حكم هذه التصرفات بعد تسجيل قرار الحجر ، وتتضمن في الفقرة الثانية حكم هذه التصرفات قبل تسجيل قرار الحجر في حالتين يعتبر فيهما المحنون عدم الأهلية استثناء . ففيما هذا هاتين الحالتين يخضع التصرف قبل الحجر لحكم القواعد العامة . وليس صحيحاً أن الرأى الذي قلناه يحمل النص عدم الفائدة ، فقد أوضحنا أنه في الحالتين المذكورتين في النص يكون البطلان على أساس إنعدام الأهلية فلا يتعين إقامة الدليل على تخلف الإرادة ، أما في غير هاتين الحالتين فيكون البطلان على أساس إنعدام الإرادة وفقاً لقواعد العامة وحينئذ يجب إقامة الدليل على تخلف الإرادة .

٣١٣ - (٢) الفقه :

العتة كالجنون خلل يصيب العقل ، ولكنه يختلف عن الجنون في أن صاحبه لا يكون في حالة هياج ، فهو عبارة عن جنون هادئ .
والعتة من الناحية الطبيعية يختلف عن الجنون في أنه تارة يعدم التمييز عند الشخص ، وتارة يحد منه فحسب : وتأخذ الشريعة الإسلامية بهذه التفرقة ، فتعطي المعتوه في الحالة الأولى حكم الصبي غير المميز والمجنون ، وتعطيه في الحالة الثانية حكم الصبي المميز :
ولكن القانون لا يأخذ بهذه التفرقة . فالاعتوه حكمه حكم الجنون في جميع الأحكام ، فهو فاقد الأهلية كالمجنون ، وتقع تصرفاته باطلة : وهذا ظاهر من النصوص التي سقناها في الكلام عن المجنون .

٣١٤ - (٣) الفقه :

السفه هو تبذير المال على غير مقتضى العقل : فهو لا يصيب العقل ، بل يصيب التدبير : إذ أنه في حقيقته خفة تعمى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف ما يوجب العقل مع قيام العقل حقيقة ، ولذلك فهو لا يجعل الشخص عديم الأهلية ، وإنما يجعله ناقصها : وقد نصت على ذلك المادة ٤٦ من التقنين المدني فقالت إن « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيا أو ذا غفلة » يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون » .

ولكن يشترط لاعتبار السفه ناقص الأهلية أن يكون قد صدر قرار بالحجر عليه : فقبل الحجر تكون تصرفاته صحيحة كما سبق أن فصلنا . أما بعد الحجر فحكم تصرفاته هو حكم تصرفات الصبي المميز على النحو الذي قلناه : حيث تكون تصرفاته النافعة نفعا محضا صحيحة ، وتصرفاته الضارة ضرراً محضاً باطلة ، وتصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال . وقد نصت المادة ١١٥قرة أولى من التقنين المدني في هذا الصدد على أنه « إذا صدر تصرف مع ذى الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر

سرى على هذا التصرف مايسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام « . كما رأينا أن المادة ١٠٢٨ من تقنين المرافعات تقضى بأنه يترتب على تسجيل طلب الحجر ما يترتب على تسجيل قرار الحجر في تطبيق أحكام القانون المدنى . ومن ثم فنصرف السفه لا يكون باطلا أو قابلا للإبطال إلا إذا صغر بعد تسجيل الطلب المقدم لتوقيع الحجر (م ١٠٢٦ مرافعات) ، فإذا لم يسجل هذا الطلب فبعد تسجيل الحكم بالحجر (م ١٠٢٧ مرافعات) .

وهناك حالتان استثنائيتان يقع فيهما التصرف باطلا أو قابلا للإبطال لنقص الأهلية رغم صلوره قبل تسجيل طلب الحجر أو الحكم الصادر به . وقد نصت عليهما المادة ١١٥ فقرة ثانية من التقنين المدنى فقالت : « أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » . والمقصود بالاستغلال هنا أن يكون الغير عالما بحالة السفه فيعمل على الاستفادة منها ، وذلك بأن يدفع السفه إلى تصرفات يستغله بها كي يحصل على ميزات تتجاوز الحد المعقول . ويراد بالتواطؤ أن يكون هناك حجر يتوقعه السفه ومن يتعاقد معه فيتواطأ على المادرة إلى إتمام تصرف قبل توقيع الحجر للفرار من أثر هذا الحجر . فقد أراد الشارع في هاتين الحالتين أن يحمى السفه إذا كان من يتعاقد معه سىء النية على هذا النحو . ففي غير هاتين الحالتين يقع تصرف السفه صحيحا وفقا للقواعد العامة .

تلك هى القاعدة فيما يتعلق بمدى أهلية السفه : غير أن الشارع خرج على هذه القاعدة في الحالتين الآتيتين :

١ — خول القانون السفه أهلية فيما يتعلق بأعمال الإدارة ، وذلك بشرط أن يؤذن له فى تسليم أمواله لإدارتها ، وفى الحدود التى رأيناها بالنسبة إلى القاصر المأذون له فى ذلك (١) . فقد نصت المادة ١١٦ فقرة ثانية من التقنين المدنى على أنه « تكون أعمال

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٠٩ . إنما يلاحظ أن الإذن للسفه أو ذى النفقة فى تسليم أمواله لإدارتها لا يكون إلا من المحكمة وفقا لما تقتضى به المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال ، بينما يكون الإذن للمميز الذى بلغ الثامنة عشرة من الولد أو من المحكمة (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

الإدارة الصادرة من المحجور عليه لصفه (١) ، المأذون له يتسلم أمواله ، صحيحة في الحدود التي رسمها القانون . وقد رسم قانون الولاية على المال هذه الحدود ، حيث نصت المادة ٦٧ منه على أنه « يجوز للمحجور عليه لصفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها وفي هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التي تسرى في شأن القاصر المأذون » .

٢ - أجاز القانون للسفيه اثنين من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، وهي الوقف والوصية ، بشرط أن تأذن له المحكمة في ذلك . فقد نصت المادة ١١٦ فقرة أولى من القانون المدني على أنه « يكون تصرف المحجور عليه لصفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً ، متى أذنت المحكمة في ذلك » . كما نصت على هذا الحكم بالنسبة إلى الوصية المادة الخامسة من قانون الوصية فقالت إنه « يشترط في الموصي أن يكون أعلاً للبرع قانوناً ، على أنه إذا كان محجوراً عليه لصفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمان عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المحكمة الحسية » : ويتضح من هذا النص أن الصبي المميز الذي بلغ الثامنة عشرة يجوز له أن يرسم وصية بإذن المحكمة ، شأنه في ذلك شأن السفيه وذى الغفلة ، ولكن لا يجوز له ذلك بالنسبة إلى الوقف .

وفيما يتعلق بالاستثناءات الأخرى التي رأيناها بالنسبة إلى الصبي المميز فإن الشارع لم ينص عليها في خصوص السفيه وذى الغفلة . ونعتقد أن السفيه وذى الغفلة تثبت لهما بطريق القياس أهلية مباشرة التصرفات التي أجازها الشارع في هذه الاستثناءات للصبي المميز إلا حيث لا تسمح حالة السفه والغفلة بذلك . فيكون السفيه أو لذى الغفلة أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ، وأن يرسم عقد العمل الفردي ، وأن يتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره إلا إذا قيدت المحكمة أهليته في ذلك ، وأن يتصرف في المهر والنفقة إذا أذنت المحكمة في الزواج . ولكن لا يجوز للمحكمة أن تأذن له بمزاولة التجارة ، لأن حالة السفه أو الغفلة تتجافى مع ما تتطلبه التجارة من اعتدال وتدبير وبصر بحقيقة الأمور .

(١) يلاحظ أن عدم ذكر ذى الغفلة في هذا النص إنما هو من قبيل السهو من جانب الشارع ، فمحكمة في هذا الشأن هو حكم السفيه ، ولذلك نصت عليه المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال .

٣١٥ - (٤) النفاذ :

ذو الغفلة هو الذى لا يهتم إلى ما هو فى صلحه من التصرفات لطية قلبه ، فيخفى فى معاملاته ، وحكمه حكم السفه فى كل شيء . ولذلك ورد ذكره فى جميع النصوص التى رأيناها فى الكلام عن السفه .

ثالثاً : موانع الأهلية

٣١٦ - تعريف :

إذا بلغ الشخص سن الرشد ، ولم يحكم قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، ولم يحجر عليه بعد بلوغه هذه السن لعارض من عوارض الأهلية التى تقدم ذكرها ، كان كامل الأهلية . غير أن ظروفا قد تقوم لديه تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده ، ولهذا يقيم القانون من يتولى عنه مباشرة هذه التصرفات أو يساعده فى مباشرتها . فهى ظروف ليس من شأنها أن تؤثر فى أهلية الشخص ، إذ هو كامل الأهلية رغم وجودها ، وإنما هى تحول بينه وبين مباشرة التصرفات القانونية أو تجعل من المتعذر عليه أن يفرد بمباشرتها .

وموانع الأهلية بهذا المعنى ثلاثة : مانع طبيعى هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسمى شديد ، ومانع مادى هو الغيبة ، ومانع قانونى هو الحكم بعقوبة جنائية .

٣١٧ - (١) العاهة المزوجة أو العجز الجسمى الشديـر :

قد يكون الشخص كامل الأهلية بحيث لا تشوب التيبس أو التذير عنده شائبة ، ومع ذلك يقوم لديه ظرف من عاهة مزدوجة أو عجز جسمى شديد ، فيتعذر عليه بسبب ذلك أن يعبر عن إرادته تعبيراً واضحاً يمكن فهمه فهما صحيحاً أو يستصحب عليه الإلزام بجميع العناصر اللازمة لتقدير وجه المصلحة فيما يقدم عليه من تصرفات . وهذا الوضع من شأنه أن يجعل أفراد مثل ذلك الشخص بإبرام التصرفات المامة أمراً غير

حاملون العاقبة بالنسبة إلى أمواله ، مما يقتضى أن يعين له مساعد يكون عوناً له في مباشرة هذه التصرفات .

وقد نصت المادة ١١٧قرة أولى من التقنين المدني في هذا الصدد على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التمييز عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحة فيها ذلك » . ونصت المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات المنصوص عليها في المادة ٣٩٥ . ويجوز لما ذلك أيضاً إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد » .

ويتضح من هذا أن التقنين المدني كان يقصر المساعدة القضائية على حالة العاهة المزوجة ، ولكن قانون الولاية على المال أضاف إلى ذلك حالة العجز الجسماني الشديد . وبذلك أصبح نظام المساعدة القضائية يتسع لكل حالة من حالات العجز ترى المحكمة أنها تقتضى تعيين مساعد قضائي ،

حيث يجوز للمحكمة أن تعين للشخص مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات المهمة إذا توافر شرطان : الأول أن يصاب هذا الشخص بعاهتين من العاهات الثلاث المذكورة ، وهي الصمم والبكم والعمى . أو يصاب بعجز جسماني شديد ، كأى يكون مريضاً يمرض يضعف من قواه إلى حد كبير ، أو يعتره ضعف شديد لكونه طاعناً في السن . والثاني أن يتعذر عليه بسبب العاهة المزوجة أن يعبر عن إرادته ، أو يخشى عليه يسبب العجز الجسماني الشديد من أن يتفرد بمباشرة التصرف . وهذا أو ذاك أمر تقدره المحكمة في ضوء ظروف كل حالة على حدة . فإذا كان الشخص قد تلقى تعليماً خاصاً يمكنه من التعبير عن إرادته بطريقة معينة رغم إصابته بالعاهة المزوجة ، أو كان العجز الجسماني لديه لا يحول دون أن يكون في استطاعته الإحاطة بالعناصر اللازمة لتقدير وجه المصلحة فيما يقدم عليه من تصرفات ، فلا يكون هناك وجه لأن تفرض عليه المساعدة القضائية .

وقد كانت القاعدة فيما يتعلق بتحديد التصرفات التي تشملها المساعدة القضائية أنه يترك للقاضي أمر هذا التحديد بحسب ما تقتضيه مصلحة الشخص ، وذلك وفقاً لما تقتضيه المادة ١١٧ / ١ مدني التي ذكرناها وما كانت تقتضي به كذلك المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية . ولكن الشارع في المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال التي ذكرناها لم يترك أمر هذا التحديد لتقدير القاضي كما كان مقررأ من قبل ، وإنما حدد هذه التصرفات بأنها تلك التي تنص عليها المادة ٣٩ من هذا القانون ، وهي التصرفات التي لا يجوز للوصي أن يباشرها إلا بإذن من المحكمة كما سنرى . ومن ثم إذا تقررت المساعدة القضائية وجب أن تشمل هذه التصرفات جميعها ، بحيث لا يجوز للقاضي أن يقصر المساعدة على بعض هذه التصرفات دون البعض الآخر ، كما لا يجوز له أن يحد المساعدة إلى غير هذه التصرفات . غير أنه يلاحظ أن هذه التصرفات تدور بين النفع والضرر ، فلا يعقل أن تشملها المساعدة دون أن تمتد إلى التصرفات الضارة ضرراً محضاً وهي التي تتناول أعمال التبرع ، ولذلك فإنه على أساس القياس من باب الأولى تشمل المساعدة كذلك هذه التصرفات الضارة . أما التصرفات التي يجوز للوصي أن يباشرها بغير إذن من المحكمة ، كاللتأجير لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة لا تزيد على سنة في المباني ، فلا تشملها المساعدة (١) .

وإذا تقررت المساعدة القضائية وجب على المساعد القضائي أن يعاون من تقررت

(١) ولذلك يرى البعض أنه كان يحسن أن يترك للشارع أمر تحديد التصرفات التي تشملها المساعدة لتقدير القاضي كما كان مقررأ من قبل . وهناك من يرى يلزم إلى أن ضرورة التوفيق بين نص المادة ١١٧ / ١ مدني والمادة ٧٠ من قانون الولاية على المال تؤدي إلى ترك الأمر لتقدير القاضي فيما يتعلق بتحديد التصرفات التي تشملها المساعدة ، إذ أن الشارع لم يرد بما أورده من تحديد في قانون الولاية على المال سوى إقامة تهيئة على أن التصرفات المذكورة في المادة ٣٩ من هذا القانون تقتضي مصلحة الشخص فيها أن تقرر المساعدة ، فلا تكون هناك حاجة إلى إقامة الدليل على قوانين هذه المساعدة . ولعلنا نمسك أن هذا الرأي لا يتخلل نصوس قانون الولاية على المال ، إذ أن عبارة المادة ٧٠ من هذا القانون واضحة في دلالتها على أن الشارع لم يرد ترك الأمر لتقدير القاضي في هذا الخصوص . فهذا هو المعنى الظاهر لكتبي ، وليس هناك دليل يقتضي تأويله على النحو الذي يقول به ذلك الرأي .

مساعدته ، وذلك بالاشتراك معه في إبرام التصرفات المذكورة . ومن ثم فإن أحداً منهما لا يجوز له أن يتفرد بإبرام هذه التصرفات ، وإنما يجب أن تصدر منهما معا .

فإذا انفرد الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بإبرام تصرف من التصرفات التي تجب فيها المساعدة وقع هذا التصرف قابلاً للإبطال . وقد نصت المادة ١١٧ فقرة ثانية من التقنين المدني في هذا الصدد على أنه « يكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونته المساعد » إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة ؛ كما تقضي ١٠٢٨ من تقنين المرافعات بأنه يترتب على تسجيل طلب المساعدة القضائية ما يترتب على تسجيل قرار المساعدة في تطبيق أحكام القانون المدني . ومن ثم فالتصرف الذي يتفرد الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بإبرامه لا يكون قابلاً للإبطال إلا إذا صدر بعد تسجيل الطلب المقدم لتقرير المساعدة (م ١٠٢٦ مرافعات) ، فإذا لم يسجل هذا الطلب فبعد تسجيل قرار المساعدة (م ١٠٢٧ مرافعات) . ويصبح التصرف صحيحاً بصفة نهائية بحيث لا يجوز طلب إبطاله إذا أجازه المساعد القضائي أو أجازه الشخص الذي أبرمه بعد رفع المساعدة .

وإذا انفرد المساعد القضائي بإبرام تصرف باسم الشخص الذي تقررت مساعدته فلا يكون التصرف نافذاً في حق هذا الشخص ؛ إذا أن المساعد ليس نائباً ، وإنما تقتصر مهمته على معاونته من تقررت مساعدته ؛ وذلك بالاشتراك معه في إبرام التصرف (١) . فهو يختلف في هذا عن الولى أو الوصى أو القيم ، إذ أن كلا من هؤلاء يكون نائباً عن القاصر أو المحجور عليه ، فيتفرد بإبرام التصرف .

وإذا اختلف المساعد ومن تقررت مساعدته في إبرام تصرف معين جاز للمحكمة أن تأذن لأحدهما في الانفراد بإبرامه . ففي خصوص امتناع المساعد عن الاشتراك في تصرف معين ، نصت المادة ٧١ فقرة ثانية من قانون الولاية على المال على أنه « إذا

(١) حل أنه ، وفقاً لما تقضى به المادة ٧٣ من قانون الولاية على المال ، يختار المساعد القضاء.

في حكم النائب في تطبيق أحكام المواد ١٠٨ (الصاعد مع النفس) و ٣٨٢ (وقت التقادم) و ٤٧٩ :

(شراء النائب لنفسه ما يمتنع به يمه) من التقنين المدني .

«امتنع عن الاشتراك في تصرف جاز رفع الأمر للمحكمة ، فإن رأيت أن الامتناع في غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالإفراد في إيرامه أو عينت شخصاً آخر للمساعدة في إيرامه وفقاً للتوجيهات التي تبينها في قرارها » . وفي خصوص امتناع من تقررت مساعدته عن إيرام تصرف معين ، نصت هذه المادة في فقرتها الثالثة على أنه « إذا كان عدم قيام الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بتصرف معين يعرض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ، ولما أن تأمر بعد التحقيق بإفراد المساعد بإيرام هذا التصرف » . وحين يقرر المساعد على هذا النحو بإيرام التصرف يكون نائباً عن تقررت مساعدته ، وليس مجرد معاون له كما هي مهمته الأصلية .

وكما تقررو المساعدة القضائية بقرار من المحكمة ، فإنها لا ترتفع إلا بقرار ، وذلك حين يزول المانع الذي دعا إلى تقرير المساعدة .

٣١٨ - (٢) الفية :

نصت المادة ٣٢ من القانون المدني على أنه « يسرى في شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة ، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية » : والقانون الخاص في هذا الشأن هو قانون الولاية على المال .

فقد نصت المادة ٧٤ من قانون الولاية على المال على أن « تقيم المحكمة وكيلًا عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه : (أولاً) إذا كان مفقوداً لم تعرف حياته أو مماته : (ثانياً) إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج الجمهورية العربية المتحدة ، واستحال عليه أن يتولى شؤنه بنفسه أو أن يشرف على من ينييه في إدارتها » .

ويتضح من هذا أن الغائب إما شخص لا تعرف حياته أو مماته وهو المفقود ، أو شخص تكون حياته حقيقة ولكن لا يعرف موطنه أو يكون موطنه خارج الجمهورية بحيث يستحيل عليه أن يتولى شؤنه بنفسه أو أن يشرف على من ينييه في إدارتها . فهو

ليس شخصا عديم الأهلية أو ناقصها ، إذ لو كان كذلك لكانت الولاية على ماله لولى أو وصى أو قيم ينوب عنه في مباشرة التصرفات القانونية حتى لو كان حاضرا . وإنما هو شخص كامل الأهلية ، ولكن ظروفه تقضى بإقامة نائب يتولى شئونه . ولذلك يجب لإقامة وكيل عن الغائب يتولى شئونه أن تتوفر شروط ثلاثة : ١ - أن يستحيل عليه بسبب الغيبة تولى شئونه ، وهذه الاستحالة توجد دائما بطبيعة الحال بالنسبة إلى المفقود ، ولكنها قد لا تقوم بالنسبة إلى الغائب الذى تكون حياته محققة ، إذ أن غيبة الشخص قد لا تمنعه من تولى شئونه . ٢ - أن تنقضى مدة سنة أو أكثر على غيابه . ٣ - أن يترتب على ذلك تعطيل مصالحه .

فلذا توفرت هذه الشروط تقيم المحكمة وكلا عن الغائب يتولى شئونه . وبمقتضى تقنين المرافعات تنولى النيابة العامة رعاية مصالح الغائبين (م ٩٦٩ مرافعات) ، كما تختص بمحاكم الأحوال الشخصية بإثبات الغيبة وتعين وكلاء عن الغائبين (م ٩٧٢ مرافعات) . وعلى هذا يمكن لكل ذى مصلحة كما يمكن للنيابة العامة أن تحصل على حكم من القاضي بإثبات غيبة شخص ، ومتى صدر هذا الحكم ثبت لهذا الشخص حالة الغيبة . وبمقتضى قانون الولاية على المال « إذا ترك الغائب وكلاء عاما تحكم المحكمة بتعيينه متى توفرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى وإلا عينت غيره » (م ٧٥) . « ويسرى على الوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء » (م ٧٨) . ولما كانت الغيبة مجرد مانع يعوق الغائب عن تولى شئونه نفسه فإنها تنتهى بزوال سببها ، سواء كان ذلك بعودة الغائب أو لكونه أصبح قادرا على أن يتولى شئون نفسه . كما تنتهى بموت الغائب ، أو بالحكم باعتباره ميتا إذا كان مفقودا (م ٧٦ من قانون الولاية على المال) .

٣١٩ - (٣) الحكم بعقوبة جنائية :

تنص المادة ٢٥ من قانون العقوبات بأن كل حكم بحكم بعقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله مدة اعتقاله ، وعدم جواز تصرفه فى هذه الأموال إلا بإذن من المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته :

فالمانع يقوم بالنسبة إلى المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، وهى إما الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن . فهو لا يرجع إلى نقص فى أهلية المحكوم عليه ، إذ هو كامل الأهلية ، وإنما هو عقوبة تبعية تكمل العقوبة الأصلية ، ومن ثم كانت هذه العقوبة التبعية مانعا قانونيا يحول بين المحكوم عليه وبين مباشرته لأهليته .

فأعمال الإدارة يتولاها عن المحكوم عليه قيم . وهذا القيم يختاره المحكوم عليه وتقره المحكمة المدنية المذكورة ، فإذا لم يختَر المحكوم عليه قيا عينته المحكمة بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة فى ذلك . ويجوز للمحكمة أن تلزم القيم الذى تعينه بتقديم كفالة . وسواء كان القيم مختارا عن المحكوم عليه أو معينا من المحكمة فإنه يكون تابعا لهذه المحكمة فى جميع ما يتعلق بقوامته . وعليه أن يقدم حسابا عن إدارته إلى المحكوم عليه بعد الإفراج عنه .

أما أعمال التصرف فيأبشرها المحكوم عليه نفسه ، إنما بشرط أن يكون ذلك بناء على إذن من المحكمة المدنية المذكورة . فإذا لم يتوفر هذا الإذن وقع التصرف باطلا ، وهذا واضح من نص المادة المذكورة ، حيث جاء فيها أن « كل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ما تقدم يكون ملغى من ذاته » .

للطلب الثالث

الولاية على المال

٣٢٠ - تعريف :

فرقنا فيما تقدم بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هى صلاحية الشخص . لأن يباشر بنفسه تصرف قانونيا ينتج أثره فى حقه أى فى ماله . أما الولاية على المال فصلاحية لمباشرة تصرف ينتج أثره فى حق الغير أى فى ماله .

وقد نصت المادة ٤٧ من التفتين المدنى على أن « يخضع فاقد الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة

في القانون : « كما نصت المادة ١١٨ من هذا التقنين على أن « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » : وهذه الحدود بينها قانون الولاية على المال وقواعد الشريعة الإسلامية .

وقد رأينا أن العوامل التي تتأثر بها الأهلية هي السن ، وعوارض الأهلية ، وموانع الأهلية : وبناء على ذلك فإن الولاية على المال إما أن تكون على مال القاصر ، أو مال المحجور عليه ، أو مال من يقوم لديه مانع من موانع الأهلية . وستعرض لهذه الأنواع الثلاثة من الولاية ، ثم ننتهي ببيان حكم التصرف الذي يبرمه من له الولاية متجاوزا فيه حدود سلطته .

أولا : الولاية على مال القاصر

٣٢١ - أصحاب الولاية على مال القاصر :

يكون القاصر عديم الأهلية أو ناقصها ، فلا تتوفر له الصلاحية المباشرة للتصرفات القانونية كلها أو بعضها في الحدود التي قدمناها ، ولذلك تفرض الولاية على ماله كي يقوم الولي بمباشرة هذه التصرفات نيابة عنه .

ويلاحظ أن اصطلاح « الولي » بمعناه الواسع يصدق على كل من له الولاية على مال غيره . ولكنه يطلق بالمعنى الضيق على الأب والجد فحسب ، وهو المعنى الذي سنراعيه في هذه الدراسة . ويطلق اصطلاح « الوصي » على غيرهما من تكون له الولاية على مال القاصر .

وتثبت الولاية على مال القاصر أولا للأب ، ثم للوصي المختار وهو الذي يختاره الأب قبل وفاته ، ثم للجد الصحيح وهو الذي لا يفصله عن الصغير أنثى أى أبو الأب وإن علا ، ثم للوصي الذي تعينه المحكمة . وقد نصت المادة الأولى من قانون الولاية على المال على هذا الترتيب فقالت إنه للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من

المحكمة . كما نصت المادة ٢٩ على أنه « إن لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصي مختار تعين المحكمة وصياً » .

وستعرض لولاية الولي ، ثم لولاية الوصي .

٣٢٢ - (١) ولاية الولي (المؤب أو المجر) :

نتبين في هذا الخصوص من تثبت له الولاية ، ثم سلطاته وواجباته ، ثم مسؤوليته ، وأخيراً سلب ولايته والحد منها ووقفها وإنهاءها .

٣٢٣ - من تثبت له الولاية :

تثبت الولاية على مال القاصر أولاً للأب : فإذا لم يكن الأب موجوداً تثبت الولاية للجد الصحيح ، وذلك إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً ، أو إذا كان الوصي المختار غير صالح للوصاية فرفضت المحكمة تنصيبه (م ١ و ٢٨ من قانون الولاية على المال) . إذ أن الوصي المختار الذي توفرت فيه الشروط المقررة مقدم على الجدد .

وثبتت الولاية للأب والجد إنما يكون بقوة القانون ، فلا تكون هناك حاجة إلى صدور قرار من المحكمة في هذا الشأن . ذلك أن الولاية تنطوي على معنى الحق والواجب في الوقت ذاته . فهي حق للأب أو الجد نظراً إلى ما يفترض فيه من عطف وحرص على رعاية شئون الإن أو الحفيد ، وهي واجب عليه بحكم مركزه العائلي الذي يفرض عليه النهوض بهذه الرعاية . ولهاذا تقضى المادة الأولى من قانون الولاية على المال بأن عليه القيام بالولاية وبأنه لا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة ، وذلك حتى تثبت المحكمة قبل الإذن من الأسباب التي تبرر هذا التنحي عن أداء الواجب العائلي :

ومن البديهي أن الولي نفسه يجب أن يكون أهلاً لمباشرة التصرفات التي يتولاها نيابة عن القاصر . فالولاية لم تفرض إلا بسبب عدم توفر الصلاحيه اللازمة لدى القاصر ، ومن ثم لا يتأتى أن تستد الولاية إلى شخص لا تتوفر لديه هذه الصلاحية . ولذلك نصت المادة الثانية من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توفرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » : فإذا

كان الولي أهلاً لمباشرة بعض التصرفات دون البعض الآخر ثبتت له الولاية فيما هو أهلاً لمباشرة ، أما التصرفات التي ليس أهلاً للقيام بها فتعين المحكمة وصياً خاصاً لمباشرتها . (م ٣١ / د) .

٣٢٤ - سلطات الولي ورعايته :

مهمة الولي هي رعاية أموال القاصر وإدارتها والتصرف فيها في الحدود التي يقررها القانون (م ٤ من قانون الولاية على المال) : وهذه الحدود هي التي نعرض لها في هذا المقام .

وبلاحظ أن الأصل أن تشمل الولاية كل أموال القاصر : إنما يستثنى من ذلك المال الذي يتبرع به للقاصر إذا أراد المتبرع إخراجه من الولاية . فقد نصت المادة ٣ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك » . وفي هذه الحالة تعين المحكمة وصياً خاصاً يتولى إدارة هذا المال (م ٣١ / د) :

وأول ما يجب على الولي أن يقوم به هو جرد أموال القاصر ، وذلك بتحرير قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه وإيداع هذه القائمة قلم كاتب المحكمة التي يقع بدأرتها موطنه في مدى شهرين من بدء الولاية أو من أبولولة هذا المال إلى الصغير . فإذا أدخل الولي بهذا الواجب ، سواء يعلم تقديم هذه القائمة أو بالتأخير في تقديمها ، جاز للمحكمة أن تعتبر هذا الإخلال تعريضاً لمال القاصر للخطر (م ١٦) ، وهو ما قد يعتبر في نظر المحكمة سبباً لسلب الولاية أو الحد منها (م ٢٠) .

وتختلف سلطة الولي في مباشرة التصرفات القانونية بحسب نوع التصرف من ناحية وبحسب الشخص الذي له الولاية من ناحية أخرى . وسنرى أن الأب والجد يتوبان في السلطة بالنسبة إلى بعض التصرفات ، ولكن سلطة الأب أوسع بالنسبة إلى البعض الآخر ، وذلك نظراً إلى أن الأب أكثر من الجد شفقة على الصغير وحرصاً على مصلحته :

ففيما يتعلق بالتصرفات النافذة نفعاً محضاً تستوى سلطة الأب وسلطة الجد ، حيث يكون لكل منهما أن يباشرها نيابة عن القاصر . ولكن لا يجوز لأى منهما أن يقبل هبة أو وصية للصغير عملة بالتزامات معينة إلا بإذن من المحكمة (م ١٢) :

وفما يتعلق بالتصرفات الضارة ضرراً محضاً ، الأصل أن تستوى سلطة الأب وسلطة الجد . فلا يجوز لأى منهما أن يتبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو حائلى وإذن من المحكمة (م ٥) .

أما التصرفات للدائرة بين النفع والضرر فيفرق في شأنها بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف :

فبالنسبة إلى أعمال الإدارة ، الأصل أن تستوى سلطة الأب وسلطة الجد ، فلكل منهما أن يقوم بها . ولكن لا يجوز لأى منهما بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه من الرشد بسنة (م ١٠) ، ولا الاستمرار في تجارة آلت إلى القاصر إلا بإذن من المحكمة وفي حدود هذا الإذن (م ١١) .

أما بالنسبة إلى أعمال التصرف فسلطة الأب أوسع من سلطة الجد . فلأب بحسب الأصل سلطة التصرف في مال القاصر : غير أن هذه السلطة ترد عليها قيود استثنائية في حالات معينة لا يجوز للأب فيها أن يباشر التصرف إلا بإذن من المحكمة ، وهى :

١ - « لا يجوز للوالى أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه » (م ٦) .

٢ - « لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثات جنبه إلا بإذن المحكمة - ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة » (م ٧) .

٣ - « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بالألا يتصرف وليه في المال الموروث فلا يجوز للوالى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة ونحت إشرافها » (م ٨) .

٤ - « لا يجوز للوالى إقراض مال الصغير ولا اقراضه إلا بإذن المحكمة » (م ٩) .

أما الجلد فلا يجوز له بتغير إذن المحكمة التصرف في مال القاصر ولا الصلح عليه
حولا النزول عن التأمينات أو إضعافها (م ١٥) .

وهناك تفرقة كذلك بين سلطة الأب وسلطة الجلد في حالتين أخريين : الأولى
حالة المال الذي تبرع به الأب لابنه ، فقد نصت المادة ١٣ من قانون الولاية على المال
على أنه « لا تسرى القيود المنصوص عليها في هذا القانون على ما آلى إلى القاصر من مال
يطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن
هذا المال » . فبمقتضى هذا النص تكون سلطة الأب مطلقة فيما يتعلق بالمال الذي تبرع
به لابنه . فعلى الرغم من أن هذا المال قد أصبح ملكاً للابن ، يجوز للأب أن يباشر
في شأنه كافة أنواع التصرفات حتى ما كان منها ضاراً ضرراً محضاً دون حاجة إلى إذن
من المحكمة . أما المال الذي تبرع به الجلد لحفيده الخاضع لولايته فتسرى عليه القواعد
الخاصة بأموال القاصر الأخرى .

والثانية حالة التعاقد مع النفس : فالقاعدة العامة في هذا الخصوص هي أنه لا يجوز
للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يتوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم
لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل (م ١٠٨ مدني) . ولكن الشارع
يخرج على هذه القاعدة بالنسبة إلى الأب ، حيث نصت المادة ١٤ من قانون الولاية على
المال على أن « للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم
لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك » . وعليه يكون للأب أن يبرم
مع نفسه التصرفات التي يجوز له إبرامها مع الغير نيابة عن القاصر . كان يؤجر ماله
للابنه ، أو يستأجر مال ابنه ، أو يؤجر مال أحد ابنه المشمولين بولايته للأخر . وكذلك
الأمر في البيع الذي يدخل إبرامه في سلطة الأب . وهذا ما لم يكن هناك نص يقضي
بغيره ، كما هي الحال فيما نصت عليه المادة السادسة من قانون الولاية على المال التي
ذكرناها من أنه لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو أن يرهن هذا العقار
لدين على نفسه . أما الجلد فتسرى عليه القاعدة العامة المذكورة : فإذا أراد أن يتعاقد مع
نفسه باسم القاصر تعين عليه أن يحصل على إذن من المحكمة ، فإذا أذنت المحكمة بإبرام
العقد عينت وصياً خاصاً عن القاصر يتولى إبرام العقد مع الجلد (م ١/٣١) .

ويلاحظ أخيراً أن من أعمال التصرف التي تدخل في سلطة الأب والجد على حد سواء أن لكل منهما أن يتفق على نفسه من مال القاصر إذا كانت نفقته واجبة عليه ، كما له أن يتفق من هذا المال على من يجب على القاصر نفقته (م ١٧) :

٣٢٥ - مسؤولية الولى :

وأما أن مهمة الولى هي رعاية أموال القاصر وإدارتها والتصرف فيها في الحدود التي يقرها القانون . فإذا قصر الولى في القيام بهذه المهمة كان مسئولاً عما يصيب القاصر من ضرر بسبب ذلك .

و يختلف مدى هذه المسؤولية بحسب شخص الولى . فقد جعل الشارع مسؤولية الأب أخف من مسؤولية الجد . حيث لا يسأل الأب إلا عن خطئه الجسيم . أما الجد فيسأل عن أى خطأ يرتكبه ، شأنه في ذلك شأن الوصى (م ٢٤) :

وإذا انتهت الولاية ببلوغ القاصر وجب على الولى أو ورثته رد أموال القاصر إليه ، ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف . ومع ذلك لا يخاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر ، إلا أن يكون ريع مال وهب للقاصر لغرض معين كالتمويل أو القيام بحرفة أو مهنة فيحاسب الأب عنه (م ٢٥) . أما الجد فتسرى عليه الأحكام الخاصة بتقديم الحساب (م ٢٦) ، شأنه في ذلك شأن الوصى .

٣٢٦ - سلب الولاية والده منها ووقفها وانقضاءها :

يجوز للمحكمة قبل بلوغ القاصر الرشد أن تسلب ولاية الولى أو تحدد منها إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر (م ٢٠) . وتحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائباً أو اعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيد على سنة (م ٢١) . ويترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى ماله (م ٢٢) (١) .

(١) انظر كذلك في هذا المعنى المادة ١٠ من المرسوم بقانون رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ بتغيير حالات سلب الولاية على النفس.

وإذا سلبت الولاية أو حُد منها أو وقفت فلا تعود لإلزام من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى سلبها أو إلزامها أو وقفها. ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذي سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائي بالرفض (م ٢٣) :
وتنتهي الولاية بقوة القانون ببلوغ القاصر سن الرشد ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية عليه (م ١٨) بسبب عارض من عوارض الأهلية (١).
وإذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر (م ١٩) ،
أى عارض من عوارض الأهلية .

٣٢٧ - (٢) ولاية الوصى :

نعرض هنا كذلك لمن تثبت له الوصاية ، ثم لسلطاته ، ثم لواجباته ، ثم لمسئوليته
وأخيرا لانتهاء الوصاية . كما نعرض للوصى الخاص والوصى المؤقت والمشرف .

٣٢٨ - من تثبت له الوصاية :

الوصى هو كل شخص ، عدا الأب والجد الصحيح ، تثبت له الولاية على مال القاصر أو الحمل المستكن . وهو إما مختار من قبل الأب أو معين من قبل المحكمة .
وقد رأينا أن الوصى المختار مقدم على الجَد ، بينما يتقدم الجَد على وصى المحكمة .
فلأب قبل وفاته أن يختار وصياً على ابنته القاصرة أو على الحمل المستكن (م ٢٨/١) ،
وكذلك لمن تبرع للقاصر بمال أن يشترط عدم دخول المال المتبرع به في ولاية الولى
ويختار وصياً تكون له الولاية على هذا المال (م ٣ و ٢٨/١) . ويشترط أن يثبت
الاختيار بورقة رسمية أو عريضة مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه
وموقعة بإمضائه . ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أى وقت أن يعدلا عن
اختيارهما . ويعرض أمر الوصى المختار على المحكمة لتثبيته إذا تحققت من توفر الشروط
اللازمة فيه (م ٢٨/٢ و ٣ و ٤) .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣١٠ .

وإذا لم يكن هناك وصى مختار ، أو كان الوصى المختار غير صالح للوصاية فرفضت المحكمة تعيينه ، ولم يكن هناك جد صحيح ، عينت المحكمة وصياً .

ويجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد . وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم أن يتفرد بأى عمل إلا إذا كانت المحكمة قد حددت لكل منهم اختصاصاً مستقلاً في قرار تعيينه أو في قرار لاحق . ومع ذلك يكون لكل منهم أن يتفرد باتخاذ الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة لنفع القاصر ، وإذا اختلفوا في عمل كان يجب اتفاقهم عليه رفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع (م ٣٠) .

وأياً كان الوصى فيشترط فيه أن يكون عدلاً كفؤاً ذا أهلية كاملة . ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً : (١) المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب أو الماسة بالشرف أو الزهالة ، ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط : (٢) من حكم عليه بحرمة كانت تقتضى قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان في ولايته . (٣) من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش . (٤) المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره . (٥) من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر . (٦) من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعمين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك . ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو حرفة مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه . (٧) من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى ، أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة ، إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر .

وفضلاً عن هذا يشترط في الوصى أن يكون من طائفة القاصر ، فإن لم يكن فن أهل مذهبه ، وإلا فن أهل دينة (م ٢٧) .

والأصل في الوصاية أن تكون بغير أجر . غير أن للمحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين له أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين (م ٤٦) .

٣٣٩ - سلطات الوصى :

نحول للشارع الوصى سلطة أضيق من سلطة الولي ، وذلك نظرا إلى أن الوصى لا تربطه بالصغير مثل الصلة التي تربط الولي بآبته أو بحفيده :

فالتصرفات النافذة نفعا محضاً والتصرفات الضارة ضررا محضاً تستوى في شأنها سلطة الوصى وسلطة الولي : فالوصى أن يباشر التصرفات النافذة نفعا محضاً ، ولكن لا يجوز له أن يقبل التبرعات المقترنة بشروط أو يرفضها إلا بإذن من المحكمة (م ٣٩ تاسعا) . ولا يجوز له أن يتبرع بمال القاصر إلا لأدله واجب إنساني أو عائلي وإذن من المحكمة (م ٣٨) .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيفرق في شأنها بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف .

فأعمال الإدارة يملك الوصى القيام بها في حدود معينة . حيث يمتد عليه الحصول على إذن من المحكمة في إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني ، وفي إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه من الرشد لأكثر من سنة ، وفي إيجار أموال القاصر لنفسه أو لزوج أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه (م ٣٩) : ففيها عدا هذه الاستثناءات من أعمال الإدارة يكون للوصي أن يقوم بهذه الأعمال . ويدخل في هذا النطاق أعمال التصرف التي تقتضيها الإدارة . كما أن له الصلح والتحكيم فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة :

أما أعمال التصرف فيمكن أن يقال على وجه التقريب إن الوصى لا يملك القيام بها إلا بإذن من المحكمة . إذ أن المادتين ٣٩ و ٤٠ من قانون الولاية على المال ذكرتا التصرفات التي لا يجوز للوصي مباشرتها إلا بإذن من المحكمة ، وهي تشمل تقريباً جميع أعمال التصرف الهامة . فالمادة ٣٩ توجب الحصول على إذن من المحكمة في جميع التصرفات التي شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك

جميع التصرفات المقررة لحق من هذه الحقوق ، وفي التصرف في المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل في أعمال الإدارة ، وفي الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة ، وفي حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة ، وفي استئثار الأموال وتصفيتها ، وفي اقتراض المال وإقراضه ، وفي قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها ، وفي الإنفاق من مال القاصر على من يجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ ، وفي الوفاء الاختياري بالالتزامات التي تكون على التركة أو على القاصر ، وفي رفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له ، وفي التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية في الأحكام ، وفي التنازل عن التأمينات وإضعافها ، وفيما يصرف في تزويج القاصر ، وفي تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة . كما توجب المادة ٤٠ الحصول على هذا الإذن في قسمة مال القاصر بالتراضي .

ويلاحظ أن ما يجوز للولي أو الوصي أن يباشره من التصرفات لا ينفذ في حق القاصر إلا إذا كان خالياً من الفطن الفاحش وفق ما تنقضي به الشريعة الإسلامية .

٣٣٠ - وصيات الرضى :

يجب على الرضى أن يتسلم أموال القاصر ويقوم على رعايتها : وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور (م ٣٦) . وهذه العناية هي عناية الرجل المعتاد (م ٢٧٠٤ / ٢ مدني) ، سواء كان الوصي مأجوراً أو غير مأجور (١) .

وللمحكمة بحسب تقديرها للظروف أن تلزم الوصي بتقديم تأمينات تكون ضماناً للوفاء بالتعويضات التي يجب عليه في حالة إخلاله بواجباته . ولها كذلك سلطة التقدير في تحديد نوع هذه التأمينات وقيمتها . وتكون مصروفات هذه التأمينات على حساب القاصر ، كصرفات قيد الرهن الذي يربته الوصي على عقار له لتوفير ذلك الضمان (م ٣٧) .

(١) يختلف الرضى في هذا من الوكيل . إذ الوكيل غير المأجور لا يجب عليه أن يبذل في الوكالة سوى العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ولو كانت تقل من عناية الرجل المعتاد ، ودون أن يكلف في ذلك أكثر من عناية الرجل المعتاد (م ١٧٠٤ / ١ مدني) .

وقضلاء على الواجب الأساسى الذى يقع على عاتق الوصى ، وهو رعاية أموال القاصر ، ينص القانون على واجبات أخرى تكفل توجيهه والرقابة عليه فى هذا الشأن : فيجب على الوصى أن يبادر إلى إخطار المحكمة بما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ ، وأن يتبع فى شأن هذه الدعاوى والإجراءات ما تأمر به المحكمة (م ٤٢) .

ولكفالة المحافظة على أموال القاصر يجب على الوصى أن يودع باسم القاصر خزنة المحكمة أو أحد المصارف ، وفقاً لما تشير به المحكمة ، كل ما يحصله من نفود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة إجماعاً لحساب مصروفات الإدارة ، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم هذه النفود (م ٤٣) . كما يجب عليه أن يودع باسم القاصر المصرف الذى تشير به المحكمة ما ترى لزوماً لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسامها (م ٤٤) : وسواء فى هذه الحالة أو فى تلك ، فلا يجوز له أن يسحب شيئاً مما أودع إلا بإذن من المحكمة .

ولكى تتمكن المحكمة من مراقبة الوصى ، يجب عليه أن يقدم حساباً عن إدارته مؤيداً بالمستندات قبل أول يناير من كل سنة . ولكنه يعفى من تقديم هذا الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ، إلا إذا رأت المحكمة إلزامه بتقديمه (م ٤٥) .

٣٣١ - مسؤولية الوصى :

إذا قصر الوصى فى واجب من الواجبات المفروضة عليه كان مسئولاً عما يلحق القاصر من ضرر بسبب ذلك (م ٨٦) : كما يجوز للمحكمة أن تحكم عليه بغرامة لا تزيد على مائة جنيه وحرمانه من أجره كله أو بعضه وعزله أو بأحد هذه الجزاءات فحسب . ويجوز للمحكمة أن تمنح القاصر هذه الغرامة أو جزءاً منها . غير أنه يجوز إعفاء الوصى من الجزاء المالى كله أو بعضه إذا نفذ الأمر الذى ترتب عليه الحكم بتوقيع الجزاء أو خدم أعضاؤه قبلها المحكمة (م ٨٤) .

٣٣٢ - انتهاء الوصاية :

تنتهى الوصاية ، وفقاً لما نقضى به المادة ٤٧ من قانون الولاية على المال ، بأحد الأسباب الآتية :

(١) إذا بلغ القاصر إحدى وعشرين سنة ، إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية .

(٢) إذا عادت الولاية إلى الولي . وذلك في حالة ما إذا كانت المحكمة قد سلبت الولاية من الولي وعينت وصياً على القاصر ، ثم زال سبب سلب الولاية فأمرت المحكمة بإعادتها .

(٣) إذا حكم بزل الوصي أو قبلت استقالته : وتحكم المحكمة بزل الوصي ، وفقاً لنص المادة ٤٩ من قانون الولاية على المال ، في حالتين : الأولى إذا قام بالوصي سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقاً للمادة ٢٧ الذي ذكرنا حكمها فيما تقدم (١) ، سواء طرأ هذا السبب بعد تعيينه أو كان قائماً وقت تعيينه ولم يكتشف إلا بعد ذلك . والثانية إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح في بقائه خطر على مصلحة القاصر .

(٤) إذا فقد الوصي أهليته ، أو ثبتت غيبته ، أو مات .

(٥) إذا مات القاصر .

وإذا توافرت أسباب جديدة تدعو إلى النظر في عزل الوصي ، أو في قيام عارض من العوارض التي تفقده أهليته ، أمرت المحكمة بوقفه إلى أن يتم الفصل في أمر عزله أو إنهاء وصايته بسبب فقد الأهلية (م ٤٨) .

وإذا انتهت الوصاية وجب على الوصي خلال الثلاثين يوماً التالية لهذا الانتهاء أن يسلم الأموال التي في عهده بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد ، أو إلى ورثته إن كان قد توفى ، أو إلى الولي الذي أعيدت ولايته ، أو إلى الوصي المعين بدلاً منه ، أو إلى الوصي المؤقت الذي حل محله حلولاً مؤقتاً : وعليه أن يودع قلم كتاب المحكمة

في الميعاد المذكور صورة من الحساب وعوض تسليم الأموال (م ٥٠) ، وإذا مات الوصى أو حجر عليه أو اعتبر غائباً وقع الالتزام بتسليم أموال القاصر وتقديم الحساب على عاتق ورثته أو من ينوب عنه بحسب الأحوال (م ٥١) .

وإذا امتنع الوصى الذى انتهت وصايته بقصد الإساءة عن تسليم أموال القاصر أو أوراقه إلى من حل محله فى الوصاية ، فإنه يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، وذلك ما لم ينص القانون على عقوبة أشد (م ٨٨) :

وحماية للقاصر بعد بلوغه من الرشد من أن يقع تحت تأثير الوصى فيما يتعلق بالناحية المالية ، قضت المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال بأن يكون قابلاً للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر منه لمصلحة الوصى إذا صدرت هذه أو ذلك خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب الذى يجب على الوصى أن يقدمه عن إدارته .

ولكى لا يطول أمد المنازعات التى تنشأ بسبب الوصاية بعد انتهائها خرج الشارع على القواعد العامة فى سقوط الدعاوى بالتقادم ، فجعل دعاوى القاصر قبل وصيه المتعلقة بأمر الوصاية تسقط بتقادم قصير مدته خمس سنوات ويختطف به حساب هذه المدة تبعاً للسبب الذى أدى إلى انتهاء الوصاية . فهى تحسب من تاريخ بلوغ القاصر من الرشد ، أو من تاريخ موته قبل ذلك ، أو من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية فى حالات عزل الوصى أو استقالته أو موته (م ٥٣) . ولم يرد فى النص متى تبدأ هذه المدة إذا كان انتهاء الوصاية بسبب عودة الولاية إلى الولي أو قد الوصى أهليته أو ثبوت غيبته . ونرى قياس هذه الحالات على حالات انتهاء الوصاية بعزل الوصى أو استقالته أو موته ، فتحسب المدة من تاريخ تقديم الحساب :

٣٣٣ - الوصى الخاص والوصى المؤقت والمشرّف :

(١) الوصى الخاص هو الوصى الذى يختار أو يعين لرعاية أموال معينة من أموال القاصر أو للقيام بمهمة محددة .

فقد رأينا أن لمن تبرع للقاصر بمال أن يشترط عدم دخول المال للتبرع به فى ولاية

الولى ويختار وصياً تكون له الولاية على هذا المال : ويعرض أمر هذا الوصى على المحكمة لتثبيته (م ٣ و ٢٨) ، فإذا تم ذلك صار وصياً خاصاً تقتصر مهمته على رعاية المال المتبرع به فحسب .

كما تعين المحكمة وصياً خاصاً لتحل محل مهمته في أحوال معينة نصت عليها المادة ٣١ من قانون الولاية على المال ، وهى :

١ — إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولي أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته : كما لو أراد الولي أن يشتري مال القاصر لنفسه أو أن يبيع ماله للقاصر أو أن يبيع مالا مملوكاً للقاصر إلى قاصر آخر مشمول بولايته ، ففي مثل هذه الأحوال تعين المحكمة وصياً خاصاً لإبرام العقد مع الولي نيابة عن القاصر (١) :

٢ — إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى .

٣ — إذا أريد إبرام عقد من عقود المعارضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد المذكورين في الحالة السابقة :

٤ — إذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع واشترط المتبرع ألا يتولى الولي إدارة هذا المال . وإذا كان النص لم يتناول إلحالة القاصر المشمول بالولاية فإنه يمكن أن تقاس عليها حالة القاصر المشمول بالوصاية .

٥ — إذا استلزم الظروف لأداء بعض الأعمال دراية خاصة لا تتوفر للولى أو الوصى .

٦ — إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ومن صور الوصاية الخاصة كذلك ما تنص عليه المادة ٣٣ من قانون الولاية على المال من أنه : يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصوصاً ولو لم يكن للقاصر مال :

(٧) الوصى المؤقت هو الوصى الذى تعينه المحكمة إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر ، وكذلك إذا وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته (م ٣٢) .

(١) يلاحظ أنه في الحالات التى يجوز للأب فيها أن يضاهى مع نفسه وفقاً لما قلنا لا يكون هناك عمل لصين وصى خاص يحول إبرام العقد مع الولي نيابة عن القاصر .

وتنتهى مهمة الوصى الخاص والوصى المؤقت بانتهاء العمل الذى أقيم لمباشرته أو المدة التى اقتضت تعيينه (م ٣٥) .

وتسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة أحكام الوصاية التى ذكرناها مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة مهمة كل منهم (م ٣٤) .

(٣) المشرف هو الشخص الذى نعيه المحكمة لى يشرف على الوصى ، سواء كان الوصى معيناً أو مختاراً . فهو يتولى مراقبة الوصى فى القيام بمهمته . ولذلك يتعين على الوصى أن يجيبه إلى كل ما يطلبه من إرضاح عن إدارة الأموال ويمكنه من فحص المستندات والأوراق الخاصة بهذه الأموال .

وعلى المشرف إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليهما . فإذا خلا مكان الوصى بالوفاة أو الغيبة مثلاً ، أو فقد الوصى أهليته ، وجب على المشرف أن يطلب إلى المحكمة إقامة وصى جديد . وإلى أن يباشر الوصى الجديد عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر (م ٨١) .

ويسرى على المشرف فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقالته وأجره عن أعماله ومسؤوليته عن تقصيره ما يسرى على الوصى من أحكام (م ٨٢) . وتقرر المحكمة انتهاء الإشراف إذا زالت الأسباب التى دعت إليه (م ٨٣) .

ثانياً : الولاية على مال المحجور عليهم

٣٣٤ - ولاية القيم :

تنص المادة ١١٣ من القانون المدنى على أن « المحنون والممنوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون » . وهذا القانون هو قانون الولاية على المال ، إذ تنص المادة ٦٥ منه على أنه « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقييم المحكمة على من يحجر عليه فيما لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة فى هذا القانون » .

فإذا بلغ الشخص الرشد فأصبح كامل الأهلية ، ثم طرأ عليه بعد ذلك عارض من

جنون أو عته أو سفه أو غفلة ، حكمت المحكمة بالمعجر عليه وأقامت فيما تكون له الولاية على ماله .

وتثبت القوامة للابن البالغ ، ثم للأب ، ثم للجد ، ثم لمن تختاره المحكمة (٦٨م) .
ويلاحظ هنا أنه لا بد من قرار بصين القيم حتى لو كان أباً أو جداً ، وذلك على خلاف الحال في ولاية الأب والجد حيث تثبت بقوة القانون دون حاجة إلى قرار من المحكمة .
ويجب أن تتوفر في القيم الشروط الواجب توافرها في الوصى وفقاً لما تقتضيه به المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال التي ذكرنا حكمها فيما تقدم . غير أنه يستثنى من هذا الحكم سيان لا يجوز مع وجود أى منهما أن يعين الشخص وصياً ، ولكن لا يجوز قيام أحدهما أو كلاهما دون تعيين الابن أو الأب أو الجد فيما إذا رأت المحكمة مصلحة في ذلك : الأول أن يكون أحد هؤلاء محكوماً عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو الزاعة ، والثاني أن يكون أحد هؤلاء محكوماً عليه بالإفلاس (٦٩م) .
وتسرى على القوامة والقيم الأحكام المقررة في شأن الوصاية والوصى (٧٨ م) .

ثالثاً : الولاية على مال من ليسهم موانع الأهلية

٣٣٥ - أصحاب الولاية على مال من ليسهم موانع الأهلية :

وأينا أن موانع الأهلية إما مانع طبيعي هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسماني شديد ، أو مانع مادي هو الغيبة ، أو مانع قانوني هو الحكم بعقوبة جنائية .
فمن يكون ذا عاهة مزدوجة أو لديه عجز جسماني شديد تعين له المحكمة بمساعدة قضائيا يعاونه في التصرفات الهامة على التفصيل الذي يسطناه فيما تقدم (١) . فالأصل في مهمة المساعد القضائي أن تقتصر على معاونة من تقررت مساعدته ، وذلك بالاشتراك معه في إبرام التصرف ، فهو في هذا التطق لا يعتبر نائباً . ومع ذلك فقد رأينا أنه إذا اختلفا المساعد ومن تقررت مساعدته في إبرام تصرف معين جاز للمحكمة أن تأذن للمساعد في الانفراد بإبرامه ، وفي هذه الحالة يكون المساعد نائباً وليس مجرد معاون .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣١٧ .

كما رأينا أن المساعد القضائي يعتبر في حكم النائب في تطبيق أحكام التعاقد مع النفس ووقف التقادم وشراء النائب لنفسه ما يبطئ به .

وإذا انتهت المساعدة القضائية فإنه يسرى على المساعد ما يسرى على الوصى فيها يتعلق بالالتزام بتسليم الأموال التي في عهده وتقديم الحساب وفقاً لما تقتضيه المادة ٥٠ من قانون الولاية على المال (م ٧٢) :

والغائب تعين المحكمة وكيلاً عنه يتولى شئونه على التفصيل الذي ذكرناه فيها تقدم (١) ، وتسرى على الوكالة عن الغائب والوكيل عنه الأحكام المقررة في شأن الوصاية والوصى (م ٧٨) .

والمحكوم عليه بعقوبة جنائية يعين عليه قيم يتولى إدارة أمواله على التفصيل الذي عرضنا له فيها تقدم (٢) .

رابعاً : مجاوزة حدود الولاية على المال

٣٣٦ - حكم التصرف عند مجاوزة حدود الولاية :

وأما أن مباشرة التصرفات القانونية بنوب فيها الولي أو الوصى عن القاصر ، وينوب فيها القيم عن المحجور عليه ، وينوب فيها الوكيل عن الغائب . كما أن المساعد القضائي إذا أذنت المحكمة في الانفراد بإبرام تصرف معين فإنه بنوب عن تقرر مساعدته في مباشرة هذا التصرف . وذلك كله في الحدود التي رسمها قانون الولاية على المال وفقاً لما بسطناه فيها تقدم .

فهذه الحدود هي التي تبين مدى سلطة النائب من هؤلاء في إبرام تصرف قانوني ينتج أثره في حق الأصيل ، أي في حق القاصر أو المحجور عليه أو الغائب أو الشخص الذي تقرر مساعدته . ومعنى ذلك أن التصرف الذي يبرمه النائب لا ينصرف أثره إلى الأصيل إلا إذا كان يدخل في حدود السلطة التي غورها النائب . فإذا جاوز نائب حدود

(١) انظر فيما تقدم مقرة ٣١٨ .

(٢) انظر فيما تقدم مقرة ٣١٩ .

هذه السلطة انحصرت عنه النيابة ، فلا ينتج التصرف أثره في حق الأصل ، أى يصبح غير نافذ في حق الأصل .

والواقع أن التصرف الذى يجاوز فيه النائب من هؤلاء حدود ولايته لا ينتج أثراً في حق أى شخص وفقاً لقواعد النيابة . فهو لا ينتج أثراً في حق الأصل ، لأن النائب قد جاوز فيه حدود سلطته . ولا ينتج أثراً في حق النائب نفسه ، لأن هذا قد أبرمه باسم الأصل ، ومن ثم تكون الإرادة قد انجذبت إلى ترتيب الآثار في حق الأصل . ولا ينتج أثراً في حق من تعاقد مع النائب ، لأن هذا قد انجذبت إرادته إلى أن يكون المتعاقد معه الذى تصرف إليه آثار العقد هو الأصل :

ولا يكون هذا التصرف باطلاً ، لأنه تصرف قائم . ولا يكون قابلاً للإبطال ؛ لأنه لا يرتب أثراً في حق أى من طرفيه . وإنما هو تصرف غير نافذ في حق الأصل ؛ ومقتضى هذا أن يكون موقوفاً ، أى أنه تصرف صحيح ، ولكن آثاره تكون موقوفة على إقرار يصدر ممن يملك هذا الإقرار ؛ فإذا كان التصرف مما يجب استئذان المحكمة فيه ، ولكن النائب أبرمه دون الحصول على هذا الإذن ، جاز للمحكمة أن تقره بعد ذلك فينتج آثاره في حق الأصل . كما يصح هذا الإقرار من الأصل نفسه بعد اكتمال أهليته أو زوال المانع الذى كان قائماً لديه . وإذا كانت المحكمة لا تملك الإذن بالتصرف فلا يصح إقراره منها ؛ وإنما يكون إقراره من الأصل بعد اكتمال الأهلية أو زوال المانع .

الفرع الثانى

الشخص الاعتبارى أو المعنوى

٣٣٧ - تعريف :

الشخص الاعتبارى أو المعنوى la personne morale هو جماعة من الأشخاص يضمهم تكوين برى إلى هدف معين ، أو مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين ، يخلق القانون عليها الشخصية ، فتكون شخصاً مستقلاً ومتميزاً عن الأشخاص الذين يساهمون في نشاطها أو يفيدون منها : كالدولة ، والجمعية ، والشركة ، والمؤسسة .

وستقسم كلامنا في هذا الموضوع إلى بحثين ، ندرس في أولهما النظرية العامة للشخصية الاعتبارية ، وندرس في الثاني أنواع الشخص الاعتباري .

المبحث الأول

النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

٣٣٨ - تمهيم :

ندرس في هذا المبحث فكرة الشخص الاعتباري وأهميتها وتأثيراتها ، ثم طبيعة الشخص الاعتباري ، ثم الشخصية الاعتبارية .

المطلب الأول

فكرة الشخص الاعتباري وأهميتها وتأثيراتها

٣٣٩ - فكرة الشخص الاعتباري :

يختلف الشخص في نظر القانون عنه في لغة الفلسفة والأخلاق . فالشخص في لغة الفلسفة والأخلاق كائن إنساني له عقل وإرادة ، أما في نظر القانون فهو كائن يصلح لوجوب الحقوق له وعليه . ومناط هذه الصلاحية ما لذلك الكائن من قيمة اجتماعية تدعو إلى تحقيق مصالح جديرة بالرعاية ، ومن هنا كان مدلول الشخص في نظر القانون أوسع منه في مجال الفلسفة والأخلاق .

تقد يكون الشخص في نظر القانون جماعة من الأشخاص يضمهم تكوين يرمي إلى هدف معين . وهذه الجماعة ، رغم تكوينها من عدة أشخاص ، تعتبر شخصا واحداً متميزا له كيانه المستقل عن الأشخاص الذين يدخلون في تكوينها . فيكون لها ذمة وجنسية واسم وموطن ، وتكسب حقوقا وتلتزم بواجبات ، وتقاضى لصالحها بواسطة من يمثلها . فالدولة مثلا تعتبر شخصا مستقلا عن شخصية أفراد الشعب ، والجمعية

تعتبر شخصا مستقلا عن شخصيات الذين يكونونها أو ينضمون إليها أو يفيدون من نشاطها ، والشركة تعتبر شخصا مستقلا عن شخصيات الشركاء .

وقد يكون الشخص مجموعة من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين ، فالمستشفى مثلا أو الملجأ أو المعهد العلمي الذي ينشئه أحدا لأشخاص ويرصده لغرض البر أو النفع العام تكون له شخصية بجميع نتائجها القانونية ، وهذه الشخصية تقوم على أساس المال والغرض منه ، فلنا هنا بصدد جماعات من الأشخاص ، وإنما مجموعات من الأموال . وهذه المجموعات من الأموال يقال لها المؤسسات *fondations* .

٣٤٠ - أهمية فكرة الشخص الاعتباري :

قرر الشارع أن تكون جماعات من الأشخاص أو رصد مجموعات من الأموال حل النحو الذي قلناه يؤدي إلى قيام نشاط قانوني يتصل بمصالح عدد كبير من الأفراد يعتبرون من وقت إلى آخر : كما أن طبيعة هذا النشاط والغرض المقصود من ورائه تقضيان بقاءه على الدوام : ومن ثم كان لابد من اتخاذ أداة تكفل أن ينسب هذا النشاط إلى ناحية موحدة تضمن له البقاء والاستمرار ، وهذه الأداة هي الشخصية الاعتبارية التي يجعلها القانون على تلك الجماعات من الأشخاص والمجموعات من الأموال :

لقد أصبحت هذه الجماعات من الأشخاص والمجموعات من الأموال إحدى الدعامات الأساسية التي يقوم عليها تقدم المجتمع ورفاهيته ، فثمة أعمال ضخمة تحتاج إلى جهد كبير ومال وفير وزمن طويل : والفرد وحده يقصر مجهوده وماله وعمره عن مواجهة ما تقتضيه هذه الأعمال ، أما هذه التكوينات فبقيا تتضافر الجهود ويتوافر المال ويمتد الأجل . لها كيانات المستقل ، فلا تتأثر بخروج عضو من أعضائها ولا بموته ولا بإفلاسها ، وتكون أموالها متميزة تماما عن أموال أعضائها أو منشئها ، نظرأ إلى مالها من ذمة مستقلة عن هؤلاء ، ولما أن تقاضى بواسطة من يمثلها ، كما ترفع عليها الدعاوى موجهة إلى من يمثلها ، إلى غير ذلك من نواحي النشاط القانوني التي تتركز في ناحية موحدة مستقلة عن الأشخاص الذين يساهمون في هذا النشاط أو يفيدون منه ، وهذا

كله بفضل فكرة الشخصية الاعتبارية . فهي خير أداة من أدوات المصنعة القانونية تكفل الوحدة والاستمرار في النشاط القانوني لهذه التكوينات .

٣٤١ - تاريخ فكرة الشخص الاعتباري :

عرف القانون الروماني الجماعات ، كما عرف المؤسسات في مراحلها الأخيرة ، فخلع عليها الشخصية الاعتبارية .

ولم يعرف فقه الشريعة الإسلامية الشخصية الاعتبارية كنظرية عامة ، ولكنه تضمن أحكاما فرعية كثيرة للجماعات من الأشخاص ومجموعات من الأموال تفيد صلاحيتها للوجوب لها وعليها : من ذلك أن يبت المال يجب له الجزية والخراج والقطعة وتركته من لاوارث له ، ويجب عليه نفقة الفقير الذي لا عائل له . وأن الوصية تجوز للمسجد أو المستشفى فيصير مالكا للمعين الموصى بها . وأن جهة الوقف تملك المال الموقوف وتستدين وتختصم أمام القضاء : وهذا يعني أن الفقه الإسلامي يأخذ بفكرة الشخص الاعتباري ، حيث يخلع الشخصية القانونية على مثل هذه التكوينات : كذلك عرف القانون الفرنسي القديم الجماعات والمؤسسات فأعطاهما الشخصية الاعتبارية .

وقد كانت الأشخاص الاعتبارية في المهود القديمة عموما تخضع في وجودها لترخيص من السلطة العامة ، وكان يتوقف مدى حريتها في ذلك على النزعة التي تسود هذا من المهود .

وفي عهد القانون الفرنسي الحالي كانت الجماعات في أول الأمر خاضعة في تكوينها وفي كسبها للشخصية الاعتبارية لترخيص خاص بذلك . ثم أخذ التطور مجراه حتى أصبح من حق كل جماعة وفقا لقانون سنة ١٩٠١ أن تتكون دون ترخيص متى توفرت في هذا التكوين شروط خاصة ، وأن تكسب الشخصية القانونية دون ترخيص كذلك متى قامت بإجراءات شهر معينة . والشركات تكسب الشخصية بمقتضى القانون بمجرد تأليفها طبقا للأوضاع المقررة . أما المؤسسات فلم تنظر بما ظفر به غيرها ، فلا بد لكي توجد وتكسب الشخصية القانونية أن يصدر ترخيص يعترف لها بأنها تقوم بخدمة عامة .

ولم ترد في التقنين المدني المصري القديم نصوص عامة في الشخصية الاعتبارية: ولكن الشركات اعتبرت أشخاصا اعتبارية وفقا لقواعد استخلصت من بعض نصوص القانون التجارى وقانون المرافعات القديم (١)، كما جرى القضاء المصرى على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لكل جمعية منظمة لا ترى إلى الحصول على ربح مادى (٢)، وذلك استناداً إلى المادة ٢١ من دستور سنة ١٩٢٣ التى كانت تنص على أن «المصريين حق تكوين الجمعيات، وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون»: إذ أن تقرير هذا الحق بنص الدستور يجعل الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للجمعيات أمراً ضرورياً، كي تزاول الحقوق اللازمة للمحافظة على كيانها. أما المؤسسات فلم يكن يعترف لها القضاء بالشخصية الاعتبارية إلا إذا اتخذت شكل الوقف. والوقف نظام إسلامى له قواعده الخاصة التى لا تجعله يحيط بكل الأغراض والمزايا التى ترجى من وراء المؤسسة بالمعنى المعروف: ومع ذلك فقد اعترف له القضاء بالشخصية الاعتبارية (٣).

أما التقنين المدني الحالى فقد عنى الشارح في الباب التمهيدى منه بالنص على القواعد العامة التى تحكم الأشخاص الاعتبارية (م ٥٣ مدنى)، كما عدد أنواع هذه الأشخاص (م ٥٢ مدنى)، وفصل الأحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات (م ٥٤م - ٨٠ مدنى). حيث اعترف بهذا التقنين بالشخصية الاعتبارية لكل من الجمعيات والشركات والمؤسسات والأوقاف بمجرد تكوينها متى توفرت في هذا التكوين الشروط المقررة، وروعت إجراءات الشهر التى ينص عليها القانون. وبالإضافة إلى ذلك كانت هناك عدة قوانين خاصة تنظم بعض مسائل الجمعيات والمؤسسات. منها ما صدر قبل صدور التقنين المدني، ومنها ما صدر بعد هذا التقنين:

ثم اتجه الرأى إلى إعادته النظر في الأحكام المتعلقة بالجمعيات والمؤسسات وجمعها في قانون واحد متفصل عن التقنين المدني. فصدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن

(١) المادة ٤١ تجارى والمادة ٨ و ٣٤ مرافعات قديم.

(٢) استئناف مصرفى ٢٥ مايو ١٩٢٥، المادة ٥ - ٧٥٠ - ٦١٨. استئناف غنظ

قد ٩ فبراير ١٩٢٧، مجموعة التشريع لقضاء للمنظ ٢٩ ص ٥٤١.

(٣) قضى على ٢٦ أبريل ١٩٣٤، مجموعة لقواعد لقانونية ج ١ ص ٣٧٠ رقم ١٧٥.

الجمعيات والمؤسسات الخاصة : وقد ألغى هذا القانون المواد من ٥٤ إلى ٨٠ من القانون
المدني، كما ألغى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بتنظيم الجمعيات الخيرية والمؤسسات
الاجتماعية والتبرع لوجوه البر، والقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ بشأن الجمعيات، والقانون
رقم ٤ لسنة ١٩٥٢ الخاص بشهر نظم الجمعيات والمؤسسات .

وأخيرا ظهرت الحاجة إلى تغيير أحكام هذا القانون، وذلك في ضوء مبادئ
الميثاق الوطني والنظام الاشتراكي الذي اتخذته البلاد نظاما اجتماعيا لها، فضلا عما اقتضاه
نظام الإدارة المحلية من تعديلات ، وما أظهره التطبيق العملي من نقص (١) . فألغى هذا
القانون وحل محله القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة (٢) :

المطلب الثاني

طبيعة الشخص الاعتباري

٣٤٢ - اتجاهات عامة :

اختلف الفقه في طبيعة الشخصية الاعتبارية أو المنوية : ويلعب التساؤل في هذا
التحالف حول معرفة ما إذا كانت الشخصية الاعتبارية هي مجرد صياغة قانونية اتخذت
الوصول إلى الغرض المقصود، إما أن لها أساسها من الحقيقة والواقع : وبعبارة أخرى،
هل تعتبر الأشخاص الاعتبارية أشخاصا من خلق القانون ؛ أم أنها اعتبرت كذلك لأنها
قد توفرت لها مقومات الشخص القانوني :

وقد تنازعت هذه المسألة ثلاثة اتجاهات في الفقه : الأول يرى أنصاره أن للشخصية
الاعتبارية افتراض يخالف الحقيقة . والثاني ينكر أنصاره وجود شخصية قانونية على
الإطلاق : والثالث ينسب أنصاره إلى أنها بصلد شخصية حقيقية لا افتراض فيها :
وهذا هو الاتجاه السائد .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

(٢) منشور في الجريدة الرسمية في ١٢ فبراير سنة ١٩٦٤ ، العدد ٣٧ - وفي الفترة التشريعية ،

العدد الثاني ، فبراير سنة ١٩٦٤ ، ص ٤١٣ وما بعدها .

وقد قيل إن هذا الخلاف الفقهي ترتب عليه نتيجة عملية هامة تتعلق بمدى سلطة الدولة حيال الأشخاص الاعتبارية . فاعتبار الشخص الاعتباري مجرد افتراض من خلق الشارع يؤدي إلى إطلاق سلطة الدولة إزاء الأشخاص الاعتبارية ، حيث لا توجد إلا إذا منحها القانون الشخصية ، وتنتهى إذا سلبها القانون شخصيتها ، ولا تتمتع إلا بالحقوق التي يحددها القانون . أما اعتبار الأشخاص الاعتبارية حقيقة واقعية فقتضاه أن على الشارع الاعتراف بهذه الشخصية لكل تكوين توفرت له العناصر اللازمة لثبوت الشخصية .

والواقع أن تحديد مدى سلطة الدولة حيال الأشخاص الاعتبارية لا يرجع إلى طبيعة هذه الأشخاص ، وإنما يقوم على مدى الدور الذي تضطلع به الدولة ، وذلك بحسب ما إذا كان المذهب الذى يسود المجتمع هو المذهب الفردى أو المذهب الاشتراكي . ففى ظل النظام الاشتراكي تظهر الأهمية البالغة لما تقوم به الدولة فى سبيل حماية الشعب من التحكم والاستغلال ، حيث يزداد تدخلها فى نشاط الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري على حد سواء بغية تحقيق هذه الحماية . فأيا كانت الطبيعة التى نسبها على الشخص الاعتباري أو التكيف الذى تخضعه عليه ، فإن للدولة أن تقيد الاعتراف به أو تحد من نشاطه على نحو معين إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك :
وسنعرض فيما يلى للاتجاهات الثلاثة التى أشرنا إليها فى هذا الشأن ، ثم تنتهى إلى حقيقة الشخصية الاعتبارية .

٣٤٣ - اتجاه مؤرر : نظرية الشخصية الافتراضية :

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن الشخص الاعتباري هو مجرد افتراض قانوني يخالف الحقيقة ، فهو كأن خيالي خلقته إرادة الشارع وأسيغت عليه الشخصية القانونية . فعند هؤلاء أن الشخص الحقيقي هو الشخص الآدمي فحسب ، لأن الحقوق ليست سوى سلطة إرادية ، والإرادة لا تكون إلا للإنسان . فإذا خلق القانون الشخصية على كائن غير الإنسان كان ذلك من طريق الافتراض لأعلى أساس الحقيقة (١) .

(١) انظر من قال بهذا الرأي مؤلفي Savigny . وقهبط رأيه على كتاب القانون الروماني

وقد سادت هذه النظرية في فرنسا وقتا طويلا ، ولكن يعيبها أمران : الأول أنها تختلط بين معنى الشخص في نظر القانون ومعناه في لغة الفلسفة والأخلاق : وقد رأينا أن للمعنيين مختلفان . فالشخص في مجال الفلسفة والأخلاق كائن إنساني له عقل وإرادة ، أما في نظر القانون فهو كائن اجتماعي يصلح للوجوب له وعليه (١) . والثاني أنها تعتبر الحق سلطة إرادية . فقد رأينا أن القدرة الإرادية ليست هي جوهر الحق ، وإنما تلزم غالبا لمباشرته (٢) .

فإذا راعينا المعنى الصحيح للشخص في نظر القانون ، وتبيننا أن القدرة الإرادية ليست هي جوهر الحق ، اتضح لنا أن الاعتراف بالشخصية الاعتبارية لا يتطوى على أى افتراض :

٣٤٤ - المبدأ الثانى : إنكار الشخصية :

وقد ذهب آخرون إلى إنكار وجود شخصية قانونية لما يسمى بالشخص الاعتباري : فهم يرون الاستغناء عن الفكرة الافتراضية للشخص الاعتباري لكي تحل محلها فكرة أخرى واقعية : وهم في هذا فريقان :

(١) نظرية ذمة التخصيص أو ذمة الفرض : حيث يذهب فريق من هؤلاء إلى القول بنظرية ذمة التخصيص أو ذمة الفرض التي عرضنا لها من قبل : وهي تقوم على اعتبار الإنسان هو وحده الشخص الحقيقي في نظر القانون ، وأن الشخص الاعتباري ليس إلا مجرد افتراض يخالف الواقع : ولذلك يرى أنصارها وجوب الاستغناء عن فكرة الشخص الاعتباري والوقوف عند الفرض المقصود من قيام جماعة من الأشخاص أو وحدة مجموعة من الأموال . فالغاية العملية من الأخذ بفكرة الشخص الاعتباري هي أن يوجد مركز تستند إليه الحقوق والالتزامات التي تتعلق بنشاط هذه التكوينات بحيث تكون ذمة مستقلة عن أعضائها أو المتضمنين بها ، ويجب لبلوغ تلك الغاية أن نسلم

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٣٩ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٢١٠ .

بأن هذه الحقوق والالتزامات تكون ذمة مستقلة تجمع بين عناصرها المختلفة وحده
الفرض الذى خصصت له دون أن تستند في وجودها إلى شخص ما .

وبمب هذه النظرية كذلك أنها تخطئ بين معنى الشخص في نظر القانون ومعناه
في لغة الفلسفة والأخلاق . وقد سبق أن لاحظنا عليها أنها تتعارض مع ما هو مسلم
في القوانين الحديثة بوجه عام من أن الحقوق والالتزامات لا توجد إلا مستقلة إلى شخص :
كما أن نظرية الشخصية الاعتبارية تفضلها مع حيث استيعابها لكل ألوان للنشاط التى
تسمح بها طبيعة الشخص الاعتبارى ، سواء كان هذا النشاط مالياً أو غير مالى (١) :

(٢) نظرية الملكية المشتركة : وينبغ فريق آخر من هؤلاء إلى القول بنظرية
الملكية المشتركة أو الجماعية . وهى تقوم كما بقبتها على اعتبار الإنسان هو وحده الشخص
الحقيقى في نظر القانون ، وأن إعطاء الشخصية لغيره من التكوينات الاجتماعية مجرد
افتراض لاجدوى منه . فالوضع عند أصحاب هذه النظرية يتكشف في حقيقته عن نوع
من الملكية : هى الملكية المشتركة التى لا تخضع لنظام الملكية الفردية ، فليس هناك
شخص حتى ولو بطريقة افتراضية ، وإنما هناك مال مشترك مملوك لجموع من الأفراد :
وكل فرد من هؤلاء لا يمكنه أن يضرد بالتعامل في هذا المال كما هى الحال في الملكية
الفردية ، مفرزة كانت أو شائعة ، وإنما يتعامل في شأنه بالاتفاق مع الآخرين ، أى
أن مجموع الأفراد هو الذى يملك هذا المال ويتعامل فيه (٣) .

وهذه النظرية معيبة من وجوه : فيؤخذ عليها ما لوحظ على سابقتها من أنها
تعتبر الإنسان هو وحده الشخص الحقيقى في نظر القانون ، كما أنها نظرية قاصرة ، إذ
ترى في الشخص الاعتبارى دائماً جماعة من الأفراد تنسب إليهم الملكية المشتركة ، مع
أنه قد يكون مجموعة من الأموال : يضاف إلى ذلك أنها تهتم في نظرتها إلى الشخص
الاعتبارى بالمال وحده ، مع أن النبوة وهى أهم أشخاص القانون العام لا يميزها بصفة

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٧٢ .

(٢) أول من قال بهذه النظرية هو الفيلسوف الألماني إرنست ثيرنيج Thernig في كتابه روح القانون
قروماتج ، ص ٦٣٠ . وقال بها كذلك بلانجول ، لقانون المدف الفرنسي ج ١ الطبعة السادسة فقرة
٣٠٠٧ وما بعدها .

أساسية إلا ما لها من حقوق السلطة العامة وما تسعى إليه من أغراض غير مادية ، بل إن هناك إيمان أشخاص القانون الخاص من يسعى إلى تحقيق أغراضه بوسائل غير مادية كالتجسيمات العلمية والفنية : فضلا عن كل هذا فإن ما تقول به النظرية من نسبة الملكية المشتركة إلى مجموع الأفراد ككل مستقل عن أي فرد منهم إنما هو بعبارة أخرى فكرة الشخصية الاعتبارية التي تنكرها هذه النظرية .

٣٤٥ - الموجز الثالث : الشخصية الحقيقية :

أما جمهور الفقه الحديث فيرى في الشخصية الاعتبارية حقيقة واقعية لا افتراض فيها . ولكن أنصار هذه النظرية يحتفلون فيما بينهم حول بيان الأساس الذي تقوم عليه هذه الشخصية . فهناك ثلاثة مذاهب في هذا الشأن :

(١) المذهب الأول يصور الشخصية الاعتبارية على نسق الشخصية الطبيعية للإنسان ، حيث يوجد نظريتان في هذا المعنى :

الأولى هي النظرية العضوية . و يرى أنصارها أن الشخص الاعتباري يتفق في تكوينه مع الشخص الطبيعي ، فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعددة ، وخلايا الشخص الاعتباري هم الأفراد الذين يدخلون في تكوينه .

ومن الواضح أن هذا تصور مجازي يخالف الحقيقة والواقع .

والثانية هي نظرية الإرادة . ويرتكز أنصارها في تشبيه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي على اعتبار أن الحق سلطة إرادية . فهم يرون أن الشخص الاعتباري شخص حقيقي له إرادته المشتركة الخاصة به التي يعبر عنها مديروه والتي تغاير الإرادات الفردية لأعضائه ، وله نشاطه المتميز عن النشاط الشخصي لمؤلاء الأعضاء . وعلى الشارع أن يعطي الشخصية لكل مجموع صالح لأن تكون له إرادته الخاصة ولأن يحمي مصالحه الخاصة (١) .

(١) قال هذه النظرية لفقاء الألمان جيبريك وجوليك وزيتمان . انظر عرض هذا الرأي في : ميهو ، نظرية الشخصية المعنوية وتطبيقاتها في قانون الفرنسي للطبقة الثالثة لقسم الأول لفقرة ١ وما بعدها ، ولقسم الثاني فقرة ١٦٧ وما بعدها .

ويؤخذ على هذه النظرية أنها ترتكز على اعتبار أن الحق سلطة إرادية ، مع أن القدرة الإرادية ليست هي جوهر الحق كما فصلنا فيما تقدم . هنا إلى أن فكرة الإرادة المشتركة فكرة غير محددة ، وقد دفع إليها الخلط بين معنى الشخص في نظر القانون ومعناه في مجال الفلسفة والأخلاق .

(٧) والمذهب الثاني يقول بنظرية المصلحة . ويرتكز أنصارها في تشبيه الشخص الاعتباري بالشخص الطبيعي على اعتبار أن الحق مصلحة يحميها القانون : فهم يرون أن أساس الشخصية هنا هي المصلحة المشتركة أو الجماعية التي تتميز عن المصالح الفردية . إذ أن المصلحة هي جوهر الحق ، ومتى وجدت كانت هناك حقوق ، وبالتالي كان على الشارع أن يعطى الشخصية القانونية لأصحاب هذه المصلحة (١) .

ويلاحظ على هذه النظرية ماسبق أن ذكرناه من أن المصلحة ليست هي جوهر الحق ، وإنما هي الغاية أو الهدف المقصود منه (٢) . كما أن الربط بين الشخصية والمصلحة يؤدي من الناحية المنطقية إلى أن الشخصية لا تثبت للجماعات الأفراد أو مجموعات الأموال ككل مستقل ، ولكن للأفراد الذين يكونون هذه الجماعات أو ينضون بهذه المجموعات ، وبذلك يفقد الاعتراف بالشخصية لهذه الجماعات أو المجموعات ككل مستقل مجرد إفتراض لا يتفق مع الواقع .

(٣) والمذهب الثالث يقول بنظرية النظام القانوني institution التي تؤدي إلى اعتبار الشخص الاعتباري شخصاً حقيقياً . وصاحبها هو الأستاذ هريو ، وهو علم من أعلام القانون العام ، ويسوق هذا الفقيه الفرنسي نظريته كنظرية عامة لا تقتصر على بيان طبيعة الشخص الاعتباري ، وإنما تفسر الظواهر الاجتماعية بصفة عامة : فعنده أن مقومات النظام القانوني هي أن يوجد تنظيم يراد به الوصول إلى غرض معين ، وأن يكون هناك أشخاص يستفيدون من وراء ذلك ، وأن يتخذ هذا التنظيم مظهراً خارجياً ثم عنه الأفكار المشتركة للأعضاء الذين يسمون عليه . وهو حيناً يطبق فكرته على الشخص الاعتباري يراد ظاهرة اجتماعية حقيقية كغيره من الظواهر الاجتماعية الأخرى .

(١) قال بهذه النظرية ميشو المرجع السابق القسم الأول فقرة ٤٥ وما بعدها .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٢١٠ .

فالشخص الاعتبارى كائن اجتماعى له حياته القانونية الخاصة، ومن ثم تكون شخصيته شخصية حقيقية .

ويلاحظ على هذه النظرية أنها نظرية يحوطها الغموض ، كما أن معيار الشخصية الاعتبارية فيها يفتقر إلى التحديد .

٣٤٦ - معنى الشخص الاعتبارى :

مهما يكن من أمر الآراء التى بسطناها ، فالواقع أن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية اجتماعية كان على الشارع أن يسلّم بها ، فأصبحت حقيقة قانونية لا مجال فيها للافتراض . وإذا كان للشخص الاعتبارى يختلف تكوينه عن الشخص الطبيعى فإن هذا لا يعنى القانون فى قليل أو كثير . فقد رأينا أن الشخص فى نظر القانون معنى يختلف عن معناه فى نطاق الفلسفة والأخلاق . وقد كان الخلط بين هذين المعنيين من ناحية ، واعتبار الحق سلطة إرادية أو مصلحة من ناحية أخرى ، هما الأساسان اللذان تقوم عليهما معظم النظريات التى ظهرت فى هذا الشأن . وقد وضع لنا أن أيا من القدرة الإرادية أو المصلحة لا يعتبر جوهر الحق . كما تبين لنا أن الشخص فى نظر القانون هو كل كائن توفرت له قيمة اجتماعية بحيث يكون صالحا لأن تثبت له حقوق وتقع عليه واجبات .

ولكن الشخص الاعتبارى لا يعتبر كائنا توفرت له هذه الصلاحية إلا إذا توفرت فيه الشروط التى يطلبها القانون ، أى توافرت له مقومات الشخص الاعتبارى . ومعنى ذلك أن يكون هناك جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال ، وغرض يراد تحقيقه ، وتنظم يكفل بلوغ هذا الغرض .

المطلب الثالث الشخصية الاعتبارية

٣٤٧ - ياه :

نتناول في كلامنا عن الشخصية الاعتبارية النقاط ذاتها التي عرضنا لها في دراستنا للشخص الطبيعي . حيث ندين أولا حدود الشخصية الاعتبارية ، وذلك كي نقف على مدى أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري ، أي مدى صلاحية اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات . ثم نتناول مدة الشخصية الاعتبارية ، أي كيف تكسب ومنى تنتهي : ثم ندرس خصائص الشخصية الاعتبارية ، وهي النعمة المالية والحالة والاسم والموطن . وأخيرًا نعرض لأهلية الأداء لدى الشخص الاعتباري :

أولا : حدود الشخصية الاعتبارية

٣٤٨ - مدى أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري :

فرقنا فيما تقدم بين الشخصية وأهلية الوجوب : فكلتاها صلاحية تتوفر للشخص لكسب الحقوق وتحمل الواجبات : ولكنهما يختلفان في أن الشخصية تعبر عن وصف مجرد لا يقبل التقصص ، فهي تثبت للشخص ولو لم يكن صالحا إلا لكسب حق واحد ، بينما أهلية الوجوب تعبر عن مدى مايتوفر للشخص من صلاحية في هذا الخصوص . فبقدر مايستطيع الشخص أن يكسبه من حقوق أو يتحمل به من واجبات تكون أهلية الوجوب لديه .

ومن الواضح في ضوء هذه الفقرة أن الشخص الاعتباري لا يختلف عن الشخص الطبيعي من حيث ثبوت الشخصية القانونية ، فكل منهما تتوفر له الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات : ولكنهما يختلفان في مدى هذه الصلاحية ، أي أنها يختلفان في مدى أهلية الوجوب لدى كل منهما . فأهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري

أضيق نطاقا منها لدى الشخص الطبيعي . ويرجع ذلك إلى اعتبارين : الأول هو طبيعة الشخص الاعتباري ، إذ أنه ليس إنسانا . والثاني هو الفرض الذي من أجله وجد الشخص الاعتباري ، إذ أن هذا الفرض يقضي بمراعاة مبدأ التخصص . فهذان قبلان يردان على أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري تتكلم عنهما فيما يلي :

٣٤٩ - (١) المقررة والالتزامات المعوزة لطبيعة مؤسسه :

نظر إلى أن الشخص الاعتباري ليس إنسانا فلا تثبت له وعليه الحقوق والالتزامات اللازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، وإنما تثبت فحسب تلك الحقوق والالتزامات التي تسمح بها طبيعته . وقد نصت على ذلك المادة ٥٣ من التقنين المدني فقالت إن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملزما لصفة الإنسان الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون .

فطبيعة الشخص الاعتباري لا تقبل أن تكون له حقوق أسرة . كذلك لا تسمح هذه الطبيعة بأن تثبت للشخص الاعتباري حقوق الشخصية التي تهدف إلى حماية الكيان المادي للشخص كالحق في سلامة الجسم . أما حقوق الشخصية التي تتعلق بالكيان الأدبي للشخص فإن طبيعة الشخص الاعتباري لا تأبى ثبوتها له ، حيث يكون له الحق في سمعته والحق في اسمه .

وقد اختلف في شأن الحق الأدبي للمؤلف على مصنفه ، وهو من حقوق الشخصية التي تتعلق بالكيان الأدبي للشخص . ومن الواضح بحكم طبيعة الأشياء أن يكون المعول عليه في ثبوت وصف المؤلف لشخص معين هو مساهمة هذا الشخص فعلا في خلق ذهنى جديد ، ولا يتصور أن تتحقق هذه المساهمة إلا من جانب الإنسان ، إذ أنه الكائن الذي له عقل بحيث يمكن أن يكون له نتاج ذهنى . ومقتضى هذا أن تتجاف طبيعة الشخص الاعتباري عن أن يكون له الحق الأدبي للمؤلف . ومع ذلك فقد رأينا أن الشارع ، مراعاة لأختبارات عملية ، يعتبر الشخص الاعتباري الذي وجه ابتكار المصنف الجماعي مؤلفا فيخوله وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف على هذا المصنف (م ٢٧ من قانون حق المؤلف) . ويراد بهذا المصنف ذلك الذى يشترك في وضعه شخصان أو أكثر بناء على

تكليف من شخص آخر طبيعي أو اعتباري تحقيقاً لحلف معين يقصد إليه هذا الأخير ، بحيث يظهر المصنف باسمه وينشر تحت إدارته ولا يمكن فصل تعصيب كل من المشتركين فيه وتمييزه على حدة (١) :

ويرى البعض أن الحقوق السياسية لا تثبت للشخص الاعتباري ، لأنها تعتبر من الحقوق الملزمة لصلة الإنسان الطبيعية ؛ ولكن الواقع أن طبيعة هذه الحقوق لا تختم قصرها على الإنسان ، إذ هي تهدف إلى تمكين الشخص من أن يساهم في إدارة شئون بلده ، وكما تتحقق هذه المساهمة من جانب الفرد ، فإنه يتصور كذلك أن تكون من جانب بعض الكائنات المكونة من جماعات من الأشخاص ؛ ولذلك فإن القوانين في بعض البلاد تعترف ببعض الحقوق السياسية لفريق من الأشخاص الاعتبارية .

وقد عني الشارع بالنص في الفقرة الثالثة من المادة ٥٣ مدني على أن للشخص الاعتباري « حق التقاضي » ، ولو أن هذا الحق يشمل حكم الفقرة الأولى من النص ، إذ أن ثبوته مما تسمح به طبيعة الشخص الاعتباري ، فيجوز أن يكون الشخص الاعتباري طرفاً في دعوى ، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه . وتعلن الأوراق القضائية منه أو إليه في شخص من مثله ؛

٣٥ - (٢) مبدأ التخصص :

يمد هذا المبدأ كذلك من أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري : فالأصل بالنسبة إلى الشخص الطبيعي أن يباشر نشاطه في أي مجال يروق له ، فهو غير مقيد في سعيه في الحياة بأهداف معينة مادام لا يخالف النظام العام أو الآداب ، حيث تتوفر له الصلاحية لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات عامة دون تحديد . أما الشخص الاعتباري فإنه يوجد لتحقيق غرض معين يتحدد بحسب ماله من قيمة اجتماعية ، ومن ثم ينحصر نشاطه في الحدود التي يقتضيها الغرض الذي وجد من أجله ، فلا يكون صالحاً لكسب حقوق أو تحمل التزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض . وهذا هو ما يراد بمبدأ التخصص ، وهو مبدأ عام يشمل كل أنواع الشخص الاعتباري .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٤٧ .

: وتطبيقاً لهذا، المبدأ نصت المادة ٥٣/ب من القانون المذكور على أن للشخص الاعتباري «أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه» ، أو التي يقررها القانون» ، إذ أن الغرض الذي وجد من أجله الشخص الاعتباري يتحدد بموجب سند إنشائه من ناحية (١) ، ويعتقضى أحكام القانون من ناحية أخرى . كما تضمن قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ تطبيقات لهذا المبدأ سواء بالنسبة إلى الجمعيات (م ١٩ و ٥٧ و ٩٢/٣) أو المؤسسات (م ٧٠ و ٢/ب و ٧٩ و ٩٢/٣) سراًفاً فيما بعد :

ثانياً : كسب الشخصية الاعتبارية وانهاؤها

٣٥١ - كسب الشخصية الاعتبارية :

إذا كان الشخص الاعتباري حقيقة اجتماعية يسلم بها الشارع ، فإنه في الوقت ذاته حقيقة قانونية تجعل كسب الشخصية الاعتبارية رهيناً بإرادة الشارع : فهو باعتباره كائناً اجتماعياً يختلف في تكوينه عن الشخص الطبيعي ، ولهذا قلنا إنه يجب أن تتوفر له مقومات الشخص الاعتباري . وعلى أساس هذه المقومات تتحدد قيمته الاجتماعية ويكون اعتراف الشارع به . فالشارع هو الذي يقلر مدى حاجة المجتمع إلى الاعتراف لكائن من هذا القبيل بالشخصية القانونية :

ويكون هذا الاعتراف من جانب الشارع بأحد طريقين : الأول هو الاعتراف العام ، والثاني هو الاعتراف الخاص .

ويصحق الاعتراف العام بالنسبة إلى نماذج معينة من جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال : حيث يضع الشارع الشروط الواجب توافرها في هذه التكوينات الاجتماعية ، بحيث يؤدي توافر هذه الشروط إلى أن تكسب جماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال الشخصية الاعتبارية بحكم القانون دون حاجة إلى إذن خاص .

(١) انظر بالتبعية إلى الجسبات للمادة ٣ / ١٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ . وانظر بالتبعية إلى المؤسسات للمادة ٧٠ / ٢ ب من هذا القانون .

أما الاعتراف الخاص فيقتضى أن يصلح مع الشارع إذن ضمن يمنح الشخصية الاعتبارية لكل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال عند تكوين كل منها على حدة :

وقد اتخذ الشارع عندنا الطريقين مما .

فالأصل في القانون المصرى هو الاعتراف العام . وهو يشمل في نطاق القانون العام الدولة ، وكذلك المحافظات والمدن والقرى . أما المنشآت أو المؤسسات العامة ، وكذلك الهيئات والطوائف الدينية ، فلا تكسب الشخصية الاعتبارية إلا بمقتضى اعتراف خاص ، ويشمل الاعتراف العام في نطاق القانون الخاص الأوقاف والشركات ، وكذلك الجمعيات والمؤسسات الخاصة واتحاداتها (م ٥٢ مدنى والمادة الأولى من قانون الإصدار الخاص بقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

ومع ذلك فسرى عند الكلام في أنواع الشخص الاعتبارى أن هذا الاعتراف العام بالنسبة إلى الجمعيات والمؤسسات الخاصة لا ينزع من يد الدولة سلطة تقدير مدى حاجة الجميع إلى إنشاء الجمعية أو المؤسسة ومدى ملائمة ذلك لظروف البيئة : فتمه قيد من هذا القيد يرد على الاعتراف العام في هذا النطاق زاد منه الشارع في قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر في سنة ١٩٦٤ . حيث يكون للجهة الإدارية حق رفض شهر نظام الجمعية إذا كانت البيئة في غير حاجة إلى خدماتها أو كان إنشاؤها لا يفتق مع دواشى الأمن أو مع الظروف الصحية أو الاجتماعية (م ١٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) . كما أن لها الاعتراض على إنشاء المؤسسة (م ٧٥ من القانون المذكور) .

وإذا كان هذا هو الأصل العام فقد قدر الشارع أنه قد تنشأ في المستقبل جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال لا تندرج تحت صورة من الصور التى أحصاها القانون وتدعو الحاجة إلى الاعتراف لها بالشخصية الاعتبارية : ولذلك نص على أن مثل هذا التكوين تثبت له الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص خاص (م ٥٢ مدنى) ، أى بمقتضى اعتراف خاص .

٣٥٢ - انتهاء الشخصية الاعتبارية :

تختلف الأسباب التي تنتهي بها الشخصية الاعتبارية بحسب الظروف من ناحية ، ونوع الشخص الاعتباري من ناحية أخرى ،

فقد تنتهي الشخصية الاعتبارية بطريقة طبيعية : حيث تنتهي الشخصية بانقضاء الأجل المحدد للشخص الاعتباري إذا وجد مثل هذا التحديد ، كما لو أنشئت شركة أو جمعية لمدة معينة . كذلك تنتهي الشخصية بتحقيق الغرض الذي قام الشخص الاعتباري من أجله ، أو إذا أصبح تحقيق هذا الغرض مستحيلا . كما تنتهي الشخصية بموت جميع الأفراد من أعضاء الشخص الاعتباري إذا كان جماعة من الأشخاص ، أو بانقراض جميع المستفيدين منه إذا كان مجموعة من الأموال ، أو بانقراض عدد أعضائه إلى أقل من الحد الأدنى للواجب توافره كما في شركات المساهمة (١) :

وقد تنتهي الشخصية بطريقة اختيارية . وذلك إذا كان الشخص الاعتباري جماعة من الأشخاص وأجمع كل أعضائه على حله ، أو قررت ذلك الأغلبية التي تملك سلطة الحل ، كما هي الحال بالنسبة إلى الجمعيات (م ٤٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

وقد تنتهي الشخصية بطريقة إجبارية ، وذلك بمقتضى عمل من جانب الدولة : وهذا الإنهاء قد يتم من جانب السلطة التشريعية ، بأن تلغي طائفة معينة من طوائف الشخص الاعتباري بوجه عام (٢) ، أو بأن تلغي شخصاً اعتبارياً معيناً كسب شخصيته من طريق هذه السلطة . وقد يكون الإنهاء من السلطة القضائية بمقتضى حكم يصدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتباري معين لسبب من الأسباب التي يقررها القانون ؛ وقد تتولى السلطة التنفيذية الإنهاء بمقتضى قرار يصدر من الجهة الإدارية المختصة بحل شخص اعتباري معين في الأحوال التي يحددها القانون ، كما هي الحال بالنسبة إلى

(١) تنقضي شركة المساهمة إذا انخفض عدد الشركاء إلى أقل من نسبة .

(٢) مثل ذلك إلغاء نظام الوقت مل غير المبررات بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

الجمعيات (م ٥٧ مع القانون المذكور) والمؤسسات الخاصة (م ٨١) : وسرى أن الشارع قد استحدث أحكاماً في هذا الشأن وسع فيها من ساطة الإدارة ، فبعد أن كان حل الجمعية أو المؤسسة يتم بمقتضى حكم من المحكمة الابتدائية وقها لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر في سنة ١٩٥٦ ، أصبح هذا الحل من اختصاص وزير الشؤون الاجتماعية وقها لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر في سنة ١٩٦٤ ،

وإذا كان انتهاء الشخص الاعتبارى يقصد منه إلى حلول شخص آخر محله فإن هذا الأخير يخلف الشخص الذى انتهى فى حقوقه والزاماته ، حيث تكون هذه الخلافة قد تمت بطريق الحوالة . وذلك كما فى حالة إدماج شركة فى أخرى ، أو إدماج جمعية أو مؤسسة فى أخرى (م ٢٩ و ٨١ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) . أما إذا كان هذا الانتهاء كاملاً فإن الأمر يقتضى تصفية حقوق الشخص الاعتبارى والزاماته ، وفى هذه الحالة نظل الشخصية قائمة بالقدر اللازم للتصفيه وإلى أن تتم هذه التصفية : وقد نص القانون على ذلك بالنسبة إلى الشركات (م ٥٣ مدنى) . ولكنه مبدأ عام ينطبق بطريق القياس على غير الشركات من الأشخاص الاعتبارية :

ثالثاً : خصائص الشخصية الاعتبارية

٣٥٣ - ذمة الشخص الاعتبارى :

يرتب على أن للشخص الاعتبارى شخصية قانونية تميزه عن شخصية أعضائه أو مؤسسيه أن تكون له ذمة مالية مستقلة عن اللزم الخاصة لهؤلاء . وقد نصت على ذلك المادة ٥٣ فقرة ثانية بند أ من التنتين المدنى فقالت إن للشخص الاعتبارى ذمة مالية مستقلة . ومقتضى هذا أن حقوق الشخص الاعتبارى لا تضمن سوى ديونه ، كما أن ديونه لا يضمنها سوى حقوقه . فلا يجوز للدائى الأعضاء أو المؤسسين تنفيذ ديونهم على أموال الشخص الاعتبارى لأنها ليست أموال مدينيهم ، كما لا يجوز للدائى الشخص الاعتبارى التنفيذ على الأموال الخاصة للأعضاء أو المؤسسين .

غير أنه استثناء من هذه القاعدة فيها يتعلق بديون الشخص الاعتبارى هناك بعض

الأشخاص الاعتبارية تكون ديونها مضمونة بأموالها وكذلك الأموال الخاصة لأعضائها. وهذه هي الشركات المدنية وشركات التضامن وشركات التوصية بالنسبة إلى الشركاء المتضامنين فيها ، حيث يسأل الشركاء في الشركات المدنية وكذلك الشركاء المتضامنون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة ؛ وليس معنى ذلك أن ذم الشركاء تختلط بذمة الشركة في هذه الحالة ، فللشركة ذمتها المستقلة ، وإنما حقيقة الوضع أن الشركاء يعتبرون ضامنين لديون الشركة نظراً إلى الاعتبار الشخصي المحفوظ في هذه الطائفة من الشركات ، إذ أنها تقوم على الثقة في أشخاص أعضائها ، وليس من شأن الضمان أن يؤدي إلى اختلاط ذمة الضامن بذمة المضمون ؛ لكن ليس لدائتي الشركاء التنفيذ على أموال الشركة .

٣٥٤ - مادة الشخص الاعتباري :

رأينا أن عناصر الحالة بالنسبة إلى الشخص الطبيعي هي الجنسية والأسرة وأحياناً الدين ؛ وليس للشخص الاعتباري ، بحكم طبيعته ، أسرة ولا دين ؛ وإذا كانت بعض السمات تنص على دين معين للدولة ، كما هي الحال عندنا (١) ، فإن هذا لا يعني أن للدولة عقيدة دينية كالأفراد ، وإنما يقصد بمثل هذا النص إعلان أن هذا الدين هو دين الأغلبية من أفراد الشعب ، بحيث يراعى الشارع فيما يضعه من قوانين ألا تتعارض مع مبادئ هذا الدين ، كما تتخذ الدولة من أعياده أعياداً لها .

إنما تكون للشخص الاعتباري جنسية ، وإن كانت هذه الجنسية تخضع لأحكام تختلف عن أحكام جنسية الشخص الطبيعي بسبب اختلاف الشخصين في الطبيعة والتكوين ؛ وقد ذهب فريق من الفقه إلى إنكار ثبوت الجنسية للشخص الاعتباري بحجة أنها الجنسية رابطة قانونية وسياسية بين الدولة والفرد ، بحيث يتحدد بها عنصر الشعب في الدولة وتقوم على ما بين الفرد ووطنه من روابط عاطفية ونفسية ، وهو مالا يتصور توافره إلا بالنسبة إلى الإنسان ؛ ويلاحظ على هذا الرأي أنه يقوم على افتراض أن خصائص

(١) تنص المادة الخامسة من الدستور على أن الإسلام دين الدولة .

الشخص الطبيعي لا تثبت للشخص الاعتبارى إلا بذات العناصر والحدود ، مع أن الاختلاف بين الشخصين فى الطبيعة والتكوين يؤدى بحكم طبيعة الأشياء إلى تباين الخصائص التى تتوفر لكل منهما فى عناصرها وحدودها ، ولهذا قلنا إن جنسية الشخص الاعتبارى تخضع لأحكام تختلف عن تلك التى تخضع لها جنسية الشخص الطبيعى ، والواقع أنه رغم هذا الاختلاف بين جنسية الشخص الاعتبارى وجنسية الشخص الطبيعى فى الأحكام فإن الجنسيةين تقومان على فكرة واحدة ، هى وجود رابطة تبعية بين الشخص والدولة . ولا يجادل أحد فى ضرورة قيام هذه الرابطة بين الشخص الاعتبارى ودولة معينة تحكم بقوانينها نظامه ونشاطه وما يتمتع به من حقوق ، وبذلك ينحصر الخلاف فى التسمية التى تعطى لهذه الرابطة . وهذه الرابطة هى الجنسية مع مراعاة الاختلاف فى الأحكام بينها وبين جنسية الشخص الطبيعى :

وقد ذهب بعض الفقه فى هذا الخصوص إلى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية . فأقام التبعية القانونية على أساس مركز الإدارة الرئيسى القاعلى للشخص الاعتبارى ، وأقام التبعية السياسية على أساس السيطرة الفعلية على الشخص الاعتبارى : ففى منطق هذا رأى قد تكون التبعية القانونية للدولة معينة يخضع الشخص الاعتبارى لقوانينها لوجود مركز إدارته الرئيسى القاعلى فى إقليمها ، وتكون التبعية السياسية للدولة أخرى إذا كانت السيطرة الفعلية عليه لأفراد من الأجانب فلا يتمتع بذات الحقوق التى يتمتع بها الوطنيون . ويؤخذ على هذا رأى أنه يقيم جنسية الشخص الاعتبارى على أساس معيار مزدوج ، مع أنه يجدر الوقوف عند معيار واحد لتحديد به جنسية الشخص الاعتبارى على أساس تبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية أعضائه أو المسيطرين عليه : ولا يبنى الأخذ بهذا المعيار الموحد التفاضل عن فكرة السيطرة على الشخص الاعتبارى من جهة أجنبية ، وفى ومع الشارع أن يراعى هذه الفكرة فيحد من الحقوق التى يتمتع بها الشخص الاعتبارى رغم ثبوت الجنسية الوطنية له إذا كان خاضعاً لتوجيه أجنبى ، وذلك فى الظروف الاستثنائية التى يكون فيها مثل هذا التوجيه خطراً على الصالح الوطنى ، كما يحصل فى أثناء الحرب .

وطبقاً للمعيار السائد فى أغلب الشرائع ، وهو المعيار الذى أخذ به الشارع المصرى ،

تحدد جنسية الشخص الاعتبارى تبعاً للدولة التى يوجد فيها مركز إدارته الرئيسى الفعلى ، ففى اتخاذ الشخص الاعتبارى بلداً معيناً مركزاً لإدارته ثبتت له جنسية هذا البلد . وتظهر أهمية ذلك فى أن الشخص الاعتبارى يخضع فى نظامه القانونى لقوانين الدولة التى يوجد فيها مركز إدارته الرئيسى الفعلى ، فتسرى عليه هذه القوانين فيما يتعلق بنشأته وتكوينه ونشاطه وانقضاءه . وقد نصت المادة ١١ فقرة ثانية من التفتين المدنى فى هذا المعنى على ما يأتى : « أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى » . ويتضح من هذا النص أن الممول عليه فى هذا الشأن هو قوانين الدولة التى يتخذ فيها الشخص الاعتبارى مركز إدارته الرئيسى الفعلى . لكن إذا باشر الشخص الاعتبارى نشاطه الرئيسى فى الجمهورية العربية المتحدة ، فإن القانون المصرى هو الذى يسرى ، ولو كان مركز إدارته فى الخارج .

وفضلاً عن ذلك فإنه فيما يتعلق بشركات المساهمة أوجب الشارع المصرى على الشركات التى تؤسس منها بالجمهورية العربية المتحدة أن تكون مصرية ، وأن يكون مركزها الأصيل بالجمهورية (م ٤١ تجارى) : وفيما يتعلق بالجمعيات والمؤسسات الخاصة التى تنشأ فى الجمهورية العربية المتحدة أوجب الشارع كذلك أن يكون مركز إدارتها فى الجمهورية (م ٣ و ٦٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر فى سنة ١٩٦٤) :

كما أن الشارع المصرى يعتد إلى جانب ذلك بفكرة السيطرة على الشخص الاعتبارى من جهة أجنبية رغم تمتعه بجنسية الجمهورية العربية المتحدة ، وذلك فى الظروف الاستثنائية التى تدهو إلى حاية الصالح الوطنى من خطر هذه السيطرة . ومن الأمثلة على ذلك أنه فى أثناء العدوان الثلاثى على مصر سنة ١٩٥٦ فرض الشارع الحراسة على الشركات والجمعيات والمؤسسات المصرية التى كانت خاضعة لإشراف رعايا الأعداء أُولهم فيها مصالح هامة . بل إن الشارع يعتد بتلك الفكرة مقدماً بالنسبة إلى بعض الأشخاص الاعتبارية محافظة على الصالح الوطنى : من ذلك أنه فيما يتعلق بشركاته

المساهمة يوجب توافر نسبة معينة لمن يتمتعون بجنسية الجمهورية العربية المتحدة في مجلس الإدارة وفي عدد المستخدمين والعمال ، كما يوجب تخصيص نسبة معينة من الأسهم لمن يتمتعون بهذه الجنسية : ومن ذلك أيضا أنه يوجب في الجمعيات التي يشترك في عضويتها أجناب أن تكون نسبة عدد أعضاء مجلس الإدارة المتمتعين بجنسية الجمهورية العربية المتحدة عاثلة على الأقل لتسببهم إلى مجموع الأعضاء المشتركين (م ٤٦ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

٣٥٥ - اسم التخصيص الاعتباري :

لشخص الاعتباري ، كما هي الحال بالنسبة إلى الشخص الطبيعي ، اسم يميزه عن غيره من الأشخاص : ويجب ذكر اسم الشخص الاعتباري في سند إنشائه ، فمثلا يوجب الشارع أن يذكر اسم الجمعية في نظامها المكتوب ، واسم المؤسسة في السند الرسمي أو الوصية المنشئة لها (م ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الصادر في سنة ١٩٦٤) .

وإذا كان الشخص الاعتباري يتخذ اسما تجارياً يمارس التجارة تحته ، فإن حقه في هذا الاسم يكون حقا ماليا يجوز التصرف فيه باعتباره من عناصر المحل التجاري ، ومن ثم يجب مراعاة ما سبق أن أوضحناه في هذا الصدد من أن هذا الحق لا يجوز التصرف فيه مستقلا عن المحل التجاري ، بل يكون هذا التصرف داخلا في نطاق التصرف في المحل التجاري ذاته (١) : وعليه فإن حق الشركة على اسمها حق مالي ، أما الجمعية أو المؤسسة فتحقها على الاسم حق أدبي من حقوق الشخصية .

وكما يحمي القانون حق الشخص الطبيعي على اسمه ، فإنه يحمي كذلك حق الشخص الاعتباري على اسمه : فيكون للشخص الاعتباري أن يطلب وقف الاعتداء على اسمه ولو لم يكن قد أصابه ضرر من جرائه ، سواء تمثل هذا الاعتداء في منازعة الغير له في استعمال الاسم أو في انتحاله إياه ، كما يكون له أن يطالب بالتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٨٩ .

٣٥٦ - موطن الشخص الاعتباري :

لشخص الاعتباري موطن مستقل عن موطن كل من أعضائه أو منشئه . وهذا الموطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارة الشخص الاعتباري : وقد نصت على ذلك المادة ٥٣ فقرة ثانية د من التفتين المدني قالت إن للشخص الاعتباري « موطن مستقل : ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته ٥٥٠ » .

وإذا كان للشخص الاعتباري فروع في أماكن مختلفة أمكن أن يعدد الموطن بتعدد هذه الفروع ، فلا يكون قاصراً على مركز الإدارة الرئيسي . فمركز إدارة الفرع يعتبر موطناً بالنسبة إلى أعمال هذا الفرع . ويعتبر هذا الحل تطبيقاً لفكرة تعدد الموطن التي أخذ بها الشارع في المادة ٤٠ فقرة ثانية من التفتين المدني . والواقع أن تعدد الموطن في الحياة العملية نجده أكثر ما يكون بالنسبة إلى الشخص الاعتباري : وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٥٨ فقرة ثانية من تفتين المرافعات على أنه « يجوز رفع الدعوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة ، وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع » . كما طبق الشارع الفكرة ذاتها على الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجمهورية العربية المتحدة ، حيث نصت المادة ٥٣ فقرة ثانية د من التفتين المدني على أنه « يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي ، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية » . فإذا كانت هناك شركة مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجمهورية العربية المتحدة « فإن المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية هو الذي يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلي ، أي أن هذا المكان يعتبر موطناً لها في نظر القانون المصري ، فعجز مقاضاتها أمام محاكم الجمهورية العربية المتحدة :

رابعا : أهلية الشخص الاعتبارى

٣٥٧ - أهلية المؤداة لدى الشخص الاعتبارى :

عرفنا أن أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه على وجه يعتد به شرعا . فقاطعا عند الشخص الطبيعى هو التمييز ، حيث تقوم على مدى « يتوفر له من قدرة إرادية .

والشخص الاعتبارى ، بحكم طبيعته ، لا يتوافر التمييز عنده ، إذ ليس له بذاته إرادة . ولذلك فإنه من التجوز فى التعبير مانتص عليه المادة ٥٣ فقرة ثالثة من التفتين المبنى بقولها إن الشخص الاعتبارى « يكون له نائب يعبر عن إرادته » . حيث لا يقدر الشخص الاعتبارى ، نظرا إلى طبيعة تكوينه ، على أن يباشر نشاطه بنفسه ، بل يباشر عنه هذا النشاط من يخلونه من الأفراد والأجهزة ، كالمدير أو مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية . فهؤلاء الأشخاص الطبيعىون الذين يمثلون الشخص الاعتبارى هم المؤداة التى يزاول بها نشاطه . وعلى هذا النحو تؤخذ أهلية الأداء عند الشخص الاعتبارى بالمعنى الذى يتفق مع طبيعته . فيكون المراد بها مدى ما يستطيع الشخص الاعتبارى أن يمارسه من نشاط إرادى بواسطة ممثليه :

وقد اختلف الفقه فى تحديد مركز هؤلاء الأشخاص الذين يمثلون الشخص الاعتبارى : فأخذ فريق من الفقه بفكرة الوكالة ، حيث يرى أن هؤلاء الأشخاص يعتبرون وكلاء عن الشخص الاعتبارى . ولكن يلاحظ على هذا التصور أن الوكالة تفترض وجود موكل يوكل غيره بإرادته ، فى حين أن الشخص الاعتبارى ليست له إرادة .

ونتيجة فريق آخر من الفقه إلى فكرة النيابة القانونية ، إذ يذهب إلى أن هؤلاء الأشخاص يعتبرون نوابا قانونيين عن الشخص الاعتبارى ، يستمدون سلطتهم فى العمل باسم الشخص الاعتبارى من القانون ذاته ، شأنهم فى ذلك شأن الولى أو الوصى أو القيم الذى يتوب قانونا عنه عديم الأهلية أو ناقصها . وقد قيل فى نقد هذا التصور إن مركز الشخص الاعتبارى يختلف عن مركز عديم الأهلية أو ناقصها . ذلك أن وجود أشخاص

الطبيين يمارسون نشاط الشخص الاعتبارى أمر تفرضه طبيعة الأشياء نظراً إلى ما هناك من استحالة طبيعة في أن يباشر هذا الشخص نشاطه بنفسه . بينما إقامة أشخاص يتوبون عن عدى الأهلية أو ناقصيها أمر تدعو إليه فكرة حماية هؤلاء . ويرتب على هذا الفارق أن يكون وجود أشخاص طبيعيين يمارسون نشاط الشخص الاعتبارى هو الوضع الطبيعى الدائم طوال حياة هذا الشخص ، أما إقامة أشخاص يتوبون عن عدى الأهلية أو ناقصيها فهي من قبيل الاستثناء الموقوت بقيام السبب الذى دعا إليها ، حيث تزول باكتال الأهلية :

وذهب فريق كبير من الفقه الحديث إلى القول بنظرية الجهاز أو العضو أو الأداة l'organe . وهى تنهى أن الشخص الاعتبارى يستند في وجوده إلى أجهزة تعتبر جزءاً منه ويستخدمها في مباشرة نشاطه كما يستخدم الشخص الطبيعى أعضاء جسمه ، بحيث يعتبر العمل الذى تقوم به هذه الأجهزة هو عمل الشخص الاعتبارى نفسه . وتمتاز هذه النظرية بأنها تجعل مسئولية الشخص الاعتبارى عن الأعمال الصادرة من أجهزته مسئولية مباشرة عن عمله الشخصى ، فهى بهذا تفضل نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية . ولكن يبعثها أنها تبالغ في تشبيه الشخص الاعتبارى بالشخص الطبيعى رغم ما بينهما من اختلاف حتى في الطبيعة والتكوين . فأعضاء الشخص الطبيعى التى يمارس بها نشاطه ليس لها كيان مستقل عن كيانه ، أما أجهزة أو أعضاء الشخص الاعتبارى فهم أشخاص لهم كيانهم المستقل يوجهون نشاط هذا الشخص بإرادتهم . ولهذا الحقيقة أهميتها في تحديد مدى مسئولية الشخص الاعتبارى عن الأعمال التى تصدر من أجهزته كما سرى .

ولهذا فإنما تؤثر القول بأن الذين يمثلون الشخص الاعتبارى يعتبرون نواباً قانونيين عنه ، وإن كانت هذه النيابة القانونية تخضع لأحكام خاصة تنفق مع طبيعة الشخص الاعتبارى وتكوينه . فهى ليست نيابة قانونية يراد بها حياة الشخص الاعتبارى كما هو الشأن في النيابة القانونية العادية التى تقدمت الإشارة إليها . وإنما هى نيابة تكفل تمثيل الشخص الاعتبارى على نحو يستجيب لمتطلبات وجوده . فهى بهذه المثابة تقوم على اعتبار أن يمثل الشخص الاعتبارى هم الأداة التى يمارس نشاطه بواسطتها . وبذلك تسع للأعمال المادية والتصرفات القانونية على حد سواء . وتجعل الشخص الاعتبارى

مسئولا مسئولية أصلية ومباشرة عن الأعمال التي تصدر من ممثليه مادامت هذه الأعمال قد صيرت في حدود ما لمؤلاء من سلطة للعمل لحساب الشخص الاعتباري :

٣٥٨ - مدى أهلية المؤداء لدى الشخص الاعتباري :

رأينا أن مبدأ التخصص يحد من أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري ، فلا يكون صالحا لكسب حقوق أو تحمل التزامات إلا بالقدر اللازم لتحقيق الغرض الذي وجد من أجله (١) :

ومن ثم فإن هذا المبدأ يحد كذلك من أهلية الأداء لدى الشخص الاعتباري ، حيث ينحصر نشاطه في الحدود التي يقتضيها هذا الغرض : وقد نصت المادام ٥٣ / ٢ ب من التفتين المدنى في هذا المعنى على أن للشخص الاعتباري « أهلية في الحدود التي يعيها سند إنشائه ، أو التي يقررها القانون » .

وتطبيقا لذلك بالنسبة إلى الجمعيات نصت المادة ١٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة على أن « على الجمعية أن تتفق أموالها فيما يحقق أغراضها ، ولما أن تستغل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت في أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك في نشاطها ... » :

وهناك جزاءات يفرضها القانون في حالة الخروج على مبدأ التخصص . وهذه الجزاءات قد تصيب الشخص الاعتباري نفسه ، كما هي الحال في حل الجمعية أو المؤسسة إذا تصرفت في أموالها في غير الأوجه المحددة لما طبقا لأغراضها (م ٥٧ و ٨١ من القانون المذكور) : وقد تصيب ممثلى الشخص الاعتباري ، كما هي الحال في عزل مديرى المؤسسة الذين يستعملون أموالها فيما لا يتفق مع أغراضها أو قصد منشئها (مادة ٧٩ من القانون المذكور) ، وكما هي الحال في حبس أو تغريم كل من يباشر نشاطا للجمعية أو للمؤسسة يجاوز الغرض الذى أنشئت من أجله أو أنفق أموالها فيما لا يتفق هذا الغرض أو دخل بأموالها في مضاربات مالية (م ٣/٩٢ من القانون المذكور) . وكل قرار أو

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥٠ .

تصرف يصدر على خلاف ما يقضى به غرض الشخص الاعتبارى يكون غير نافذ ، وذلك بالإضافة إلى مسئولية من أصدره قبل الشخص الاعتبارى . وتطبيقا لذلك بالنسبة إلى الجمعيات والمؤسسات ، يكون للجهة الإدارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية أو المؤسسة إذا كان مخالفا للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام أو للأداب (م ٣٣ و ٨١ من القانون المذكور) . كما يكون أعضاء مجلس الإدارة ومدير الجمعية أو المؤسسة مسئولين فى أموالهم الخاصة عن تعريض الأضرار المادية التى تلحق بالجمعية أو المؤسسة بسبب إخلالهم بواجباتهم (م ٩٥ من القانون المذكور) .

٣٥٩ - مسؤولية الشخص الاعتبارى :

قلنا إن نيابة ممثل الشخص الاعتبارى تقوم على اعتبار أن هؤلاء هم الأداة التى يمارس نشاطه بواسطتها . وعلى هذا الأساس تتحدد مسئولية الشخص الاعتبارى المترتبة عن الأخطاء التى يرتكبها ممثلوه . حيث يكون الشخص الاعتبارى مسئولا مسئولية أصلية ومباشرة عن الأعمال التى تصدر من ممثليه ، مادامت هذه الأعمال قد صدرت فى حدود ما هؤلاء من سلطة العمل لحساب الشخص الاعتبارى . فإذا روعيت هذه الحدود فلا تقع ثمة مسئولية على هؤلاء الممثلين بصفتهم الشخصية نحو من أصابه الضرر ، بل يكون الشخص الاعتبارى هو وحده المسئول عن أعمال تعتبر أنها قد صدرت منه . أما إذا جاوز الممثلون حدود سلطتهم فإنهم يسألون عن أخطائهم الشخصية باعتبارهم مسئولين مسئولية أصلية عن عملهم الشخصى ، بينما تكون مسئولية الشخص الاعتبارى مسئولية تبعية هى مسئولية المتبوع عن أعمال التابع . وعلى هذا النحو يمكن ضبط حدود المسئولية التى تقع على عاتق الشخص الاعتبارى .

وفى هذا ما يفتينا عن الأخذ بنظرية الجهاز التى تقدم ذكرها ، إذ أن الأخذ بهذه النظرية يجرنا إلى أحد أمرين من شأن أيهما أن يؤدى إلى نتائج غير مقبولة . فاما أن نأخذ بهذه النظرية على إطلاقها ، وهذا يؤدى إلى عدم مساءلة من يمثلون الشخص الاعتبارى حتى لو تجاوزوا حدود سلطتهم رغم ما لهم من إرادة مستقلة : وإما أن نفرق

بين الأجهزة التي يعتبر خطأ الشخص الاعتباري نفسه وبين التابعين الذين يسأل هذا الشخص عن أخطائهم مسئولية تبعية باعتباره متبوعاً يسأل عن أعمال تابعيه ، وهي تفرقة مشكوك في سلامتها وجديتها .

كل ذلك لتحديد مسئولية الشخص الاعتباري الجنائية على الأساس الذي قدمناه . وهذه المسئولية لا تؤدي بطبيعة الحال إلا إلى توقيع عقوبات تتفق مع طبيعة الشخص الاعتباري ، كالحل والإغلاق والمصادرة والغرامة . وقد نص قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة على مخالفات معينة يجوز حل الجمعية والمؤسسة بسببها (م ٨١ و ٧) : كما نص على أنه يجوز للجهة الإدارية المختصة أن تقوم بإغلاق مقر الجمعية أو المؤسسة وفروعها أو أحدها لمدة محددة قابلة للتجديد ، وذلك كإجراء مؤقت حتى يفصل في أمرها (م ٩٦) .

المبحث الثاني

أنواع الشخص الاعتباري

٣٦٠ - الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة :

تنقسم الأشخاص الاعتبارية إلى أشخاص عامة وأشخاص خاصة . ويرتد هذا التقسيم إلى تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص . حيث تعتبر الأشخاص الاعتبارية العامة من أشخاص القانون العام وتخضع لأحكامه ، وتعتبر الأشخاص الاعتبارية الخاصة من أشخاص القانون الخاص فتسرى عليها أحكامه . ومع ذلك فإن خضوع الشخص الاعتباري لهذا النوع أو ذاك من الأحكام تبعاً للطائفة التي ينتمي إليها لم يعد مطلقاً إلى الحد الذي كان مقرراً من قبل . فهناك من الأشخاص الاعتبارية العامة ما يخضع في بعض النواحي لأحكام القانون الخاص ، كما هي الحال بالنسبة إلى المرافق الاقتصادية التي أنشأتها الدولة أخيراً واعتبرتها مؤسسات عامة : وهناك من الأشخاص الاعتبارية الخاصة ما يخضع في بعض النواحي لأحكام القانون العام ، كما هي الحال بالنسبة إلى الجمعيات

والمؤسسات الخاصة ذات الصفة العامة ، وكما هي الحال كذلك بالنسبة إلى الجمعيات والمؤسسات الخاصة بوجه عام من حيث خضوعها لرقابة الجهة الإدارية المختصة في قيامها وحلها وأعمالها وتصرفاتها :

وقد عدلت المادة ٥٢ من المقتن المذني الأشخاص الاعتبارية فقالت : والأشخاص الاعتبارية هي : ١ - الدولة وكذلك المديريات (المحافظات) والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون ، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية . ٢ - الهيئات والطوائف الدينية في التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية : ٣ - الأوقاف . ٤ - الشركات التجارية والمدنية . ٥ - الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للأحكام التي ستأتي فيما بعد : ٦ - كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون .

ويتضمن هذا النص بيان الأشخاص الاعتبارية بنوعها ، ومن ثم تكلم في الأشخاص الاعتبارية العامة ، ثم في الأشخاص الاعتبارية الخاصة .

للطلب الأول

الأشخاص الاعتبارية العامة

٣٦١ - طائفتاه من الأشخاص الاعتبارية العامة :

تقسم الأشخاص الاعتبارية العامة إلى طائفتين :

(١) الأشخاص الإقليمية : وهذه الأشخاص يتوفر لها اختصاص عام من حيث نوع النشاط بحيث يشمل جميع المرافق ، ولكن في حدود إقليمية معينة . وأهم هذه الأشخاص شخص أساسي هو الدولة التي تمتد سلطاتها ونشاطها إلى كل إقليمها : ولها الأشخاص المحلية التي يتولى كل منها شئون المرافق العامة على اختلاف أنواعها في جزء من إقليم الدولة ، وهي المحافظات والمدن والقرى . وتكسب هذه الأشخاص الشخصية

القانونية من طريق الاعتراف العام بمجرد نشوتها وفق الشروط التي يحددها القانون ؛
(٢) المنشآت أو المؤسسات العامة (١) : وهذه الأشخاص يطلق عليها كذلك
الأشخاص المرفقية ، تميزا لها عن الأشخاص الإقليمية ، نظرا إلى أن اختصاصها يتعلق
بنوع معين من النشاط بحيث يدخل في مرفق أو مرافق محددة ؛ فالاختصاص هنا نوعي
أى يتحدد بحسب نوع النشاط ، بينما الاختصاص في الطائفة الأولى إقليمي أى يتحدد
بحسب المكان . وقد نصت المادة ٥٢ / ١ من التقنين المدني على هذه الأشخاص بقولها :
« الإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية »
ويتضح من هذا النص أن هذه الأشخاص ، على خلاف الطائفة الأولى ، تكسب
الشخصية القانونية من طريق الاعتراف الخاص .

وقد كانت هذه الأشخاص المرفقية قاصرة على المؤسسات العامة الإدارية المعروفة
من قديم ، كالجامعات ودار الكتب وجميع اللغة العربية والإذاعة اللاسلكية ؛ ولكن
ترتب على اتساع وظيفة الدولة وازدياد تدخلها في نواح من النشاط كانت متروكة أصلا
للمجهود الخاص أن اتسع نطاق المنشآت أو المؤسسات العامة بحيث زاد عدد الأشخاص
المرفقية زيادة كبيرة ،

ففي ظل النظام الاشتراكي ظفر المجال الاقتصادي بأكبر نصيب من عناية الدولة
وتدخلها لمصلحة جماهير الشعب ؛ فأدى هذا إلى ظهور صورة جديدة من الأشخاص
العامة المرفقية ، هي المؤسسات العامة الاقتصادية ؛ وهذه المؤسسات تنشأ بقرار من
رئيس الجمهورية ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية ، وتمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا
أو زراعيا أو ماليا أو تعاونيا ، ويكون لكل منها ميزانية مستقلة تعد على نمط الميزانيات

(١) كان ينصرف اصطلاح المؤسسات fondations في الأصل إلى ماينشأ منها في نطاق القانون
الخاص ويكون الغرض منه هو البر أو الفتح العام . ثم أطلق هذا الاصطلاح كذلك في فقه القانون العام
المصري وفي تشريسه على المنشآت العامة établissements publics التي يمنحها الشارح الشخصية
الاعتبارية . وذلك صارت تلك مؤسسات عامة ومؤسسات خاصة . والتمييز واضح بين التوطين . فالمؤسسات
الخاصة من أشخاص القانون الخاص حتى لو اجترت ذات صفة عامة وثبت لها بعض حقوق السلطة العامة .
فهي تكسب الشخصية القانونية من طريق الاعتراف العام ، وتخضع في تشوتها ونشوتها لأحكام قانون
الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

التجارية (المادة الأولى من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالمؤسسات العامة) فلا تلحق بميزانية الدولة . وهى تمارس نشاطها إما بنفسها أو بواسطة ماتشرف عليه من شركات مساهمة أو جمعيات تعاونية (م ٢ من القانون المذكور) . فالأمر هنا يتعلق بمرافق اقتصادية مما كان يدخل أصلا فى النشاط الخاص ورأت الدولة أن تتولاها عن طريق المؤسسات العامة التى يتوفر لها من الاستقلال التقنى والإدارى والمالى ما يمكنها من اتباع أساليب المشروعات الخاصة كي تحقق الأغراض المقصودة فيها .

كذلك ظهرت صورة أخرى جديدة من الأشخاص العامة المرفقة ، هى الهيئات العامة . وهذه الهيئات تنشأ بقرار من رئيس الجمهورية ، لإدارة مرفق مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية (المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالهيئات العامة) . وهى وإن كانت لكل منها ميزانية خاصة إلا أن هذه الميزانية ، على خلاف ميزانية المؤسسات العامة ، تلحق بميزانية الدولة وتجرى عليها أحكامها (١) . حيث يتعلق الأمر هنا بخدمة عامة كانت تتولاها مصلحة حكومية ، ولكن رؤى أن يعهد بها إلى هيئة مستقلة نظرا إلى ما يمتاز به هذا الوضع من مرونة فى الإدارة . ومن أمثلتها الهيئة العامة لشئون السكك الحديدية ، والهيئة العامة لشئون البترول ، وهيئة إدارة قناة السويس .

وبالإضافة إلى ذلك فإن المرافق أو النقابات المهنية أصبحت بحكم نظامها من أشخاص القانون العام ، حيث يعتبرها الفقه الإدارى مؤسسات عامة مهنية . وذلك على اعتبار أنها تضم المشتغلين بمهنة معينة فى جماعة تثبت لها الشخصية الاعتبارية ، ويكون الاشتراك فيها حتميا ، وتفرض على أعضائها رسوما معينة ، ولها عليهم سلطة تأديبية . فهى من هذا تتمتع ببعض حقوق السلطة العامة ، وتعتبر قراراتها المتعلقة بالنشاط المهنى قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإدارى (٢) .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالمؤسسات العامة .

(٢) انظر هذا المعنى حكما لمحكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢٦ ديسمبر ١٩٥٠ فى شأن نقابة المحامين ، مجموعة قضاء مجلس الدولة ٥ - ٣٠٤ - ٧٢ . وانظر كذلك حكما الصادر فى التاريخ ذاته فى شأن نقابة للمهنيين ، مجموعة قضاء مجلس الدولة ٥ - ٣٢١ - ٧٥ .

هذا ، وقد أثير التساؤل عما إذا كانت الهيئات والطوائف الدينية من الأشخاص العامة أم من الأشخاص الخاصة : وهي الهيئات والطوائف التي نصت عليها المادة ٥٢ / ٧ من الترتين المدني في عداد الأشخاص الاعتبارية فقالت : « الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية » . وقد اعتبرتها محكمة القضاء الإداري من الأشخاص الاعتبارية العامة ، واعتبرت قراراتها بالتالي قرارات إدارية تقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري : وذلك على اعتبار أن هذه الطوائف والهيئات تتمتع ببعض حقوق السلطة العامة ، وتقوم بخدمات ذات نفع عام ، وتخضع لمراقبة الدولة وإشرافها (١) . وهذه الأشخاص ، كما يتضح من النص ، تكسب للشخصية القانونية من طريق الاعتراف الخاص .

المطلب الثاني

الأشخاص الاعتبارية الخاصة

٣٦٢ - جماعة الأشخاص ومجموعات الأموال :

تنقسم الأشخاص الاعتبارية الخاصة إلى طائفتين : الأولى عبارة عن جماعات من الأشخاص تتكون لتحقيق غرض معين ، وتشمل الشركات والجمعيات : والثانية عبارة عن مجموعات من الأموال ترصد لتحقيق غرض معين ، وتشمل الأوقاف والمؤسسات الخاصة . وسواء بالنسبة إلى هذه الجماعات من الأشخاص أو المجموعات من الأموال ، فإنها تكسب الشخصية من طريق الاعتراف العام ، كما هو واضح من نص المادة ٥٢ من الترتين المدني التي عدلت الأشخاص الاعتبارية وذكرناها فيما تقدم : وهناك جماعات من الأشخاص أو مجموعات من الأموال قد تنشأ في المستقبل دون أن تتدرج تحت التماذج المذكورة . وهذه لا تكسب الشخصية إلا بمقتضى اعتراف

(١) انظر في ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٦ أبريل ١٩٥٤ في شأن بطركية الأنطاكية الأرثوذكسية ، بمجموعة قضاء مجلس الدولة ٨ - ١١٧١ - ١٩٥٠ . وانظر كذلك حكمها الصادر في ١٧ نوفمبر ١٩٥٤ في شأن المجلس الهنوكي للأمل ، بمجموعة قضاء مجلس الدولة ٩ - ٣١ - ٣٤ .

خاص ، وقد نصت عليها المادة ٥٢ ٦/ من التقنين المدني بقولها : « كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون » .
وتتكلم في جماعات الأشخاص ، ثم في مجموعات الأموال :

أولا : جماعات الأشخاص

٣٣٣ - الشركات والجمعيات :

عنى الشارع بتنظيم أحكام هذين النوعين لجماعات الأشخاص ، وجعل الشخصية الاعتبارية تثبت لهما بمقتضى الاعتراف العام كما قلنا :
وأحكام الشركات موزعة بين التقنين المدني والتقنين التجارى وبعض القوانين الخاصة :

أما الجمعيات فقد رأينا أن تنظيمها قد مر بمراحل متعددة (١) حتى أصبحت الآن خاضعة لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ،
فتتناول هذين النوعين فيما يلي :

(١) الشركات

٣٣٤ - التعريف بالشركة وبيان أنواعها :

الشركة *société* ، كما عرفتها المادة ٥٠٥ من التقنين المدني ، هي « عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر ، يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ماقد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » :
ويتضح من هذا التعريف أن الشركة جماعة من الأشخاص ترى إلى الحصول على ربح مادى . وبهذا الغرض تميز الشركة عن الجمعية ، فكل منهما جماعة من الأشخاص ، ولكن الأولى ترى إلى الربح المادى ، بينما تهدف الثانية إلى غرض غير هذا كالمسرى :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٤١

وإذا كان الأصل أنه يكفي وجود شخصين لقيام الشركة، فإن القانون قد يتطلب بالنسبة إلى بعض أنواع الشركات عددا أكبر من الشركاء كحد أدنى، كما هي الحال بالنسبة إلى شركات المساهمة التي يجب أن يكون عدد الشركاء المؤسسين فيها سبعة على الأقل .
والشركات نوعان : شركات مدنية وشركات تجارية :

فالشركات المدنية هي التي تقوم بأعمال مدنية ، كالشركات العقارية التي تقوم بشراء الأراضي وبيعها بعد تقسيمها أو إصلاحها . وقد نصت المادة ٥٢٣ من القانون المدني في شأنها على أنه « إذا لم تف أموال الشركة بديونها ؛ كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة » .

والشركات التجارية هي التي تقوم بأعمال تجارية ؛ كشركات النقل وشركات التأمين والشركات الصناعية وشركات المقاولات والشركات التي تتاجر في الأقمشة أو المواد الغذائية . وهي إما شركات أشخاص أو شركات أموال بحسب الاعتبار الملحوظ في تكوينها ؛

فشركات الأشخاص تقوم على الاعتبار الشخصي أى الثقة في أشخاص الشركاء ، وهي إما أن تكون شركات تضامن أو تكون شركات توصية بسيطة . وشركة التضامن *société en nom collectif* هي التي يكون كل شريك فيها مسئولا عن ديون الشركة في كل أمواله الخاصة لا في حدود حصته في الشركة فحسب ، كما يعتبر الشريك تاجرا . وشركة التوصية البسيطة *société en commandite simple* هي التي تضم فريقين من الشركاء : شركاء متضامنون يكونون في ذات المركز الذي للشركاء في شركة التضامن ، وشركاء موصون تتحدد مسئولية كل منهم بقدر حصته في الشركة فحسب فلا يسأل في أمواله الخاصة ولا يكسب صفة التاجر ، ولكن الاعتبار الشخصي قائم بالنسبة إليهم كما هو الشأن بالنسبة إلى الشركاء المتضامين، بحيث يتمتع على أى منهم التصرف في حصته دون رضاء باقي الشركاء :

أما شركات الأموال فتقوم على الاعتبار المالى ، بمعنى أن أشخاص الشركاء لا يكونون محل اعتبار ، وإنما يكون العنصر الأساسى الملحوظ فيها هو رأس المال ، وهذه هي شركات المساهمة *sociétés anonymes* التي تنجز رأس المال فيها إلى أسهم

متساوية القيمة تكون قابلة للتداول وتنقل بالوفاة ، وتتحدد فيها مسؤولية كل مساهم بقدر ماله من أسهم فحسب ، فلا يسأل عن ديون الشركة في أمواله الخاصة .

وهناك شركات تجمع بين الاعتبار الشخصي والاعتبار المالى . وهذه هي شركات للتوصية بالأسهم *sociétés en commandite par actions* التى تضم فريقين من الشركاء : شركاء متضامنون يكونون في ذات المركز الذى للشركاء في شركة التضامن ، وشركاء محصون تتحدد مسئولية كل منهم بقدر ماله من أسهم فحسب فلا يسأل في أمواله الخاصة ، ولا يكون لشخصه اعتبار على خلاف الحال في شركة التوصية البسيطة ، بحيث تكون أسهمه قابلة للتداول وتنقل بالوفاة كما هي الحال في شركة المساهمة :

٣٦٥ - تكوين الشرك وبراء شخصيتها :

يوجب القانون أن يكون عقد الشركة مكتوبا ، وإلا كان باطلا (م ٥٠٧ ملى) .
فالكسابة هنا شرط انعقاد ، وليست مطلوبة لجرد الإثبات فحسب . ولكن هذا البطلان مقرر لمصلحة الغير ، فلا يجوز أن يحتج به الشركاء قبله :

وقد يتطلب القانون ، فوق الكسابة ، إجراء آخر لقيام الشركة ، كما هي الحال بالنسبة إلى شركات المساهمة حيث يلزم صدور قرار جمهورى يرخص بتأسيسها :

والقاعدة أن تكسب الشركة الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها على هذا النحو . وهذا مانصت عليه المادة ٥٠٦ ملى . غير أنه لما كان يهم الغير أن يعلم بقيام الشركة ، فإن هذه الشخصية لا يحتج بها عليه إلا بعد استيفاء إجراءات النشر عن الشركة بالطريقة التى يقررها القانون . ولكن يلاحظ أن المقصود من ذلك هو حماية الغير ، ولذلك لا يستطيع الشركاء أن يحتجوا على الغير بعدم استيفاء إجراءات النشر المقررة ، بينما يكون للغير أن يتمسك بشخصية الشركة رغم عدم القيام بهذه الإجراءات .

٣٦٦ - انقضاء الشرك :

تنهى الشخصية الاعتبارية للشركة بانهائها . وتنتهى الشركة ، أيا كان نوعها ، بانقضاء الأجل المعين لها ، أو بانهاء العمل الذى قامت من أجله (م ١/٥٢٦ ملى) ، (٣٠ - أصول القانون)

أو بهلاك مالها (م ١/٢٥٧ مدني) ، أو بإجماع الشركاء على حلها (م ٢/٥٢٩ مدني) ، أو بحكم قضائي يصدر بناء على سبب خطير يسوغ الحل (م ٥٣٠ مدني) .
وهناك فضلا عن ذلك أسباب تنقضي بها شركات الأشخاص لمساسها بالاعتبار الشخصي الملحوظ في هذه الشركات : حيث تنتهي بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه (م ١/٥٢٨ مدني) ، كما تنتهي بانسحابه إذا كانت مدتها غير معينة (م ١/٥٢٩ مدني) . غير أن هذه الأسباب لا تتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على استمرار الشركة رغم قيام أحد هذه الأسباب ؛
وإذا كان الأصل أن تنتهي الشخصية الاعتبارية للشركة بانقضاءها ، إلا أن هذه الشخصية تبقى مع ذلك بعد انقضاء الشركة بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تتم هذه التصفية (م ٥٣٣ مدني) .

(٢) الجمعيات

٣٦٧ - تمهيد :

رأينا في بياننا للمراحل التي مر بها تنظيم الجمعيات والمؤسسات الخاصة أن قواعد هذا التنظيم كان يتضمنها التقنين المدني (م ٥٤ - ٨٠) ، وذلك بالإضافة إلى عدة قوانين خاصة ، منها ماصدر قبل هذا التقنين ، ومنها ماصدر بعده . ثم صدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، فألغى النصوص الواردة في التقنين المدني والقوانين الخاصة التي تقدمت الإشارة إليها (١) ، حيث جمع هذا القانون شتات الأحكام الموزعة بين نصوص ذلك التقنين وهذه القوانين الخاصة . وبعد مضي فترة وجيزة ألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

وقد جاء هذا القانون الأخير بتعديلات وأحكام جديدة روعيت فيها ظروف المجتمع في ظل النظام الاشتراكي ومقتضيات نظام الإدارة المحلية . إذ من الواضح أن الجمعيات والمؤسسات الخاصة تقوم بدور أساسي في ميدان الرعاية الاجتماعية ، حتى

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٤١ .

أصبحت وزارة الشؤون الاجتماعية تعتمد عليها في تقديم الخدمات الاجتماعية المختلفة للمواطنين ، نظرا إلى ما يمتاز به العمل في ميدان النشاط الأهلي من مرونة تجعله أكثر ملاءمة لأداء هذا النوع من الخدمات (١) .

وسنرى أن أهم هذه التعديلات والأحكام الجديدة العناية به تحديد المجال الإقليمي الذي تعمل فيه الجمعية . والنص على حق الإدارة في رفض شهر نظام الجمعية لأسباب معينة ، وفي تعيين مدير أو مجلس إدارة مؤقت للجمعية في حالات معينة ، وفي إدماج أكثر من جمعية أو توحيد إدارتها أو تعديل أغراضها ، وفي وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شؤون الجمعية لأسباب معينة ، وفي حل الجمعية ، وفي الترخيص بإيواء المحتاجين إلى الرعاية الاجتماعية . والنص على حق الإدارة في إنشاء اتحادات نوعية أو إقليمية بين الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، وكذلك النص على أن ينشأ اتحاد عام لهذه الجمعيات والمؤسسات . والنص على أن ينشأ صندوق لإعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة واتحاداتها .

٣٦٨ - التعريف بالجمعية :

الجمعية ، وفقا للمادة الأولى من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، « كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة ، تتألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة أو من أشخاص اعتبارية ، لغرض غير الحصول على ربح مادي » .

ويوضح من هذا التعريف أن الجمعية تتميز بخصائص ثلاث ، هي عبارة عن المقومات التي ذكرناها فيما تقدم للشخص الاعتباري (٢) ، وهي :

(١) « قد جاء في المذكرة الإيضاحية تأييدا لهذا الاجتهاد ما يأتي : « ومن هنا تظهر أهمية الجمعيات والمؤسسات الخاصة في ضوء الميثاق الوطني بخصوص الحقوق الأساسية التي ينبغي تكريس الجهد لتحقيقها لكل مواطن ، ومن هذه الحقوق ألوان الرعاية الاجتماعية المختلفة التي لم تده إحصائيا أو تفصيلا في مجتمعنا الاشتراكي التي يقوم على الكفاية والعدل وتكافؤ الفرص ، ومن ثم كان من الواجب أن تنضج الجهود التي تبذل في ميدان الخدمة الاجتماعية لتخطيط سليم في إطار خطة عامة شاملة تشرف عليها الدولة وقودها وتراقب تنفيذها » (المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة) .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٤٦ .

(١) تتألف الجمعية من جماعة من الأشخاص . ويستوى أن يكون الأعضاء الذين تتألف منهم هذه الجماعة أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين . فإن كانوا أشخاصاً طبيعيين وجب ألا يقل عددهم عن عشرة (١) . ومن الصور التي تتكون فيها الجمعية من أشخاص اعتباريين ما يكون للجهة الإدارية المختصة ، وفقاً لما تقتضيه المادة ٨٣ من القانون المذكور ، أن تنشئه من اتحادات نوعية أو إقليمية بين الجمعيات ، إذ تكون لهذه الاتحادات الشخصية الاعتبارية ، وتتألف جميعها العمومية من ممثلي هذه الجمعيات . وكذلك الاتحاد العام للجمعيات الذي ينشأ وفقاً للمادة ٨٥ من القانون المذكور وتكون له الشخصية الاعتبارية :

(٢) يتوفر للجمعية تنظيم مستمر . ولا يقصد بالاستمرار التأييد والدوام ، فقد تكون الجمعية لمدة معينة كما هو واضح من النص ، وإنما المقصود أن يكون وجود الجمعية مستمراً وثابتاً بحيث يميزها عن الاجتماعات العارضة كاتفاق جماعة على القيام برحلة :

(٣) تهدف الجمعية إلى غرض غير الحصول على ربح مادي . وهذا الغرض هو الذي يميز الجمعية عن الشركة . وقد يكون هذا الغرض خيرياً كسعادة الفقراء ، أو اجتماعياً كوفير الخدمات الصحية ورعاية الأحداث والشيوخ العاجزين عن الكسب ، أو دينياً كنشر المبادئ الدينية ، أو ثقافياً كالنهوض بالعلوم أو الفنون أو الآداب ، أو رياضياً كإقامة النوادي وتنظيم المباريات، إلى غير ذلك من الأغراض عدا الربح المادي؛ ويستوى أن يكون الغرض تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة قاصرة على أعضاء الجمعية . كما لا يهم أن تكون هذه المصلحة الخاصة منظوية على مصلحة اقتصادية لأعضاء الجمعية مادام أن الغرض الأساسي ليس هو الربح المادي ، كما هي الحال بالنسبة إلى نقابات العمال والجمعيات التعاونية . وبناء على ذلك تعتبر جمعيات لاشركات، الجمعيات التعاونية التي تبيع السلع لأعضائها بسعر السوق ثم ترد إليهم في نهاية كل عام

(١) لم ينص قانون سنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات وللوزارات المختصة على حد أدنى لعدد أعضاء الجمعية . ولكن المادة ٣٦ من هذا القانون كانت توجب ألا يقل عدد أعضاء مجلس الإدارة عن ثلاثة ، فكان يؤخذ من هذا أن عدد أعضاء الجمعية يجب ألا يقل عن ثلاثة .

الفرق بين هذا المعر وما تكلفته في خطمتهم، إذ أن الغرض الذى تهدف إليه ليس هو الربح المادى، وإنما هو تحقيق مصلحة اقتصادية للأعضاء بتخفيف أعباء المعيشة عنهم. ومن الواضح أن الغرض الذى تهدف إليه الجمعية يجب أن يكون مشروعاً. وقد نصت المادة الثانية من القانون المذكور فى هذا الصدد على أن «كل جمعية تنشأ مخالفة لنظام العام أو للأداب أو لسبب أو لغرض غير مشروع أو يكون الغرض منها المساس بسلامة الجمهورية أو يشكل الحكومة للجمهورية أو نظامها الاجتماعى تكون باطلة».

٣٦٩ - إنشاء الجمعية :

يشترط فى إنشاء الجمعية ، وفقاً لما تنص به المادة ١٧٣ من القانون المذكور ، أن يوضح لها نظام مكتوب موقع عليه من المؤسسين. فالكتابة هنا شرط انعقاد، وليست مطلوبة للإثبات فحسب :

ويجب ألا يشترك فى تأسيس الجمعية أو ينضم إلى عضويتها أى من الأشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية إلا بتصريح من الجهة الإدارية المختصة
٥١/٣٠

ومع مراعاة القواعد والشروط التى يصدر بها قرار من الجهة الإدارية المختصة يجب أن يشمل نظام الجمعية على الأخص البيانات الآتية :

(١) اسم الجمعية ونوع وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافى ومركز إدارتها على أن يكون فى الجمهورية العربية المتحدة .

ولا يجوز لأية جمعية أن تتخذ تسمية تدعو إلى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى نطاق عملها الجغرافى .

(٢) اسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه ومنه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته :

(٣) موارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها .

(٤) الأجهزة التى تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم أو إسقاط أو إبطال عضويتهم والنصاب اللازم لانعقاد الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والأجهزة الأخرى الممثلة للجمعية والنصاب اللازم لعصمة قراراتها .

- (٥) نظام العضوية وشروطها وحقوق الأعضاء وواجباتهم وعلى الأخص حق حضور الجمعية العمومية والتصويت فيها .
- (٦) نظام المراقبة المالي :
- (٧) كيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية إدماجها أو تكوين فروع لها .
- (٨) قواعد حل الجمعية والجهة التي تتول إلىها أموالها .
- وتتضمن اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة نظاماً نموذجياً يجوز للجمعيات اتباعه في إعداد نظمها (م ٣/٣٥٢) :

٣٧٠ - ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية :

تقتضى المادة الثامنة من القانون المذكور بأنه «لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية إلا إذا شهر نظامها وفقاً لأحكام هذا القانون» . وهذا هو الحكم ذاته الذي كان ينص عليه القانون السابق الصادر في سنة ١٩٥٦ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة في المادة السابعة منه : «وبذلك فإن إنشاء الجمعية بتحرير نظامها وفقاً للأوضاع المقررة لا يكفي لثبوت الشخصية لها ، بل يجب لذلك أن يتم شهر نظامها . وفي هذا تختلف الجمعية عن الشركة كما سبق أن بينا (١) . وعليه فقبل إجراء الشهر لا تسرى في حق الجمعية النتائج القانونية التي تترتب على ثبوت الشخصية .

ويكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده (٢) في السجل الخاص بالمعد لذلك ، وينشر ملخص القيد في الوقائع المصرية بغير مقابل (م ١٠) : ولكن التأخر في نشر هذا الملخص لا يترتب عليه تأخير ثبوت الشخصية للجمعية ، إذ أنها تثبت فور القيد في السجل المعد لذلك (٣) . والحكمة من اشتراط الشهر هي تيسير الرقابة على الجمعية من ناحية ،

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٦٥ .

(٢) وقد نصت المادة ٩ من أنه «لا يزيد رسم الشهر على خمسة جنيهات . وتعين اللائحة التنفيذية قنائه . ولا يرد الرسم بأي حال من الأحوال . ولا تستحق أية رسوم على شهر ما يجري من تعديلات » .

(٣) وتبين اللائحة التنفيذية لشروط والأوضاع الخاصة بهذا السجل وإجراءات القيد فيه وشروطه

وتحقيق مصلحة للأعضاء من ناحية أخرى. إذ أن الجهة الإدارية المختصة، وهي وزارة الشؤون الاجتماعية، أن ترفض إجراء القيد إذا كان الطلب غير مستكمل للشروط التي يتطلبها القانون. كما أن الشهر يمكن كل عضو في الجمعية من التعرف على نظامها. وقد نصت المادة ١٤ في هذا الصدد على أن « لكل عضو حق الاطلاع على مستندات الجمعية التي شهر نظامها بمقتضاها والحصول على صورة منها مصدق عليها بمطابقتها للأصل بعد أداء الرسم المقرر ».

ولعله الحكمة ذاتها أوجب الشارع شهر كل تعديل في نظام الجمعية، بحيث يعتبر التعديل كأن لم يكن ما لم يشهر (م ١٥) :

وعلى الجهة الإدارية المختصة، بناء على طلب ذوى الشأن، إجراء القيد في السجل والنشر في الوقائع المصرية. وتقوم هذه الجهة بإجراء الشهر خلال ستين يوما من تاريخ طلبه، فإذا مضت هذه المدة دون إتمامه اعتبر الشهر واقعا بحكم القانون (م ١١).

على أن الشارع مع ذلك قد خول الإدارة سلطة تقدير مدى الحاجة إلى إنشاء الجمعية ومدى ملاءمة ذلك لظروف البيئة، فبمقتضى المادة ١٢قرة أولى، « للجهة الإدارية المختصة، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص، حق رفض شهر نظام الجمعية إذا كانت البيئة في غير حاجة إلى خطمتها أو لوجود جمعيات أخرى تسد حاجات البيئة في ميدان النشاط المطلوب أو إذا كان إنشاؤها لا يتفق مع دواعى الأمن أو لعدم صلاحية المكان من الناحية الصحية والاجتماعية أو لكون الجمعية قد أنشئت بقصد إحياء جمعية أخرى سبق حلها ». وهذا حكم استحدثه الشارع في قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة الحالي لتحقيق التنسيق بين جهود الهيئات ومنع الازدواج والتكرار وربط قيام الجمعيات بالاحتياجات الفعلية للمجتمع، فضلا عن مراعاة مقتضيات الأمن وظروف البيئة (١). فهو بهذه المثابة يعتبر قيلا غير مباشر على ثبوت الشخصية للجمعية بمقتضى الاعتراف العام كما ذكرنا فيا تقدم (٢) :

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة المشار إليه.

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥١.

ويكون لذوى الشأن حق التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة من القرار برضى إجراء الشهر خلال ستين يوما من تاريخ إبلاغهم هذا القرار . ويجب البت في هذا التظلم بقرار مسيب خلال ستين يوما من تاريخ وصوله إلى الجهة المختصة ، ويعتبر فوات هذه المدة على تقديم التظلم دون أن تجيب عنه السلطات المختصة بمثابة قبول له (م ١٢ / ٣ و ٢) .

ويموز للجمعية أن تنفى ، فروعاً لما تباشر نشاطها خارج نطاق المحافظة التي بها مقرها الرئيسى . وهذه الفروع تنشأ وتشهر طبقاً للأحكام المقررة في شأن الجمعية . ولا يجوز للفرع أن يعدل نظامه إلا بموافقة الجمعية (م ٢٩) .

٣٧٨ - أهلية وجوب الجمعية :

وأينا أن أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتبارى يحد منها قيذان حامان : الأول أنه لا يثبت له وعليه الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، وإنما تثبت فحسب تلك الحقوق والالتزامات التي تسمح بها طبيعته . والثاني أنه لا يثبت له وعليه من الحقوق والالتزامات إلا ما يكون لازماً لتحقيق الغرض الذى وجد من أجله، وهذا ما يقصد إليه من مبدأ التخصص . ويصدق هذان القيذان على الجمعية كما يصدقان على غيرها من الأشخاص الاعتبارية .

وتطبيقاً لمبدأ التخصص بالنسبة إلى الجمعية نصت المادة ٩٩ من القانون المذكور على أن « على الجمعية أن تتفق أموالها فيما يحقق أغراضها . . . » . وقد أضافت المادة بعد ذلك أن « لما أن تسغل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت في أعمال مضمونة الكسب ، على ألا يؤثر ذلك في نشاطها . . . » . إذ أن مبدأ التخصص لا يحول دون قيام الجمعية باستغلال إيراداتها كي تتمكن من تحقيق أغراضها . ولذلك فإن النص يقيد هذا الاستغلال بشروط ثلاثة تكفل تحقيق هذه الأغراض : الشرط الأول أن يقتصر الاستغلال على فائض الإيرادات . والشرط الثاني أن يكون الاستغلال لضمان مورد ثابت في أعمال مضمونة الكسب . فلا يجوز للجمعية أن تضارب بهذه الأموال . ولذلك نصت المادة ٢٠ على أنه « لا يجوز للجمعية الدخول في مضاربات مالية » . والشرط الثالث ألا يكون مه شأن الاستغلال أن يؤثر في نشاط الجمعية . ولضمان حسن قيام

الجمعية بهذا الاستغلال نصت المادة ١٩ في نهايتها على أن « تنظم اللائحة التنفيذية الأحوال والشروط التي يجوز بمقتضاها استغلال هذه الأموال » .

وفضلا عن هذه القيود العامة التي تحد من أهلية وجوب الجمعية كما هو الشأن بالنسبة إلى غيرها من الأشخاص الاعتبارية ، خص الشارع الجمعية بقيد يحد من أهليتها لكسب الحقوق العقارية لا ينطبق على غيرها من الأشخاص الاعتبارية . حيث نصت المادة ٧ فقرة أولى على أنه « لا يجوز أن تكون للجمعية حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى على عقارات إلا بالتقيد بالضرورة لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله مالم تحصل على إذن بذلك من الجهة الإدارية المختصة » (١) ، فهو قيد يقتصر على العقارات دون المنقولات . ويبدو أنه قيد لا يجتسه مبدأ التخصص ، إذ أن ما يقتضيه هذا المبدأ هو أن يظل الشخص الاعتباري في نطاق الغرض الذي وجد من أجله ، وليس في تملكه قنن من العقارات يزيد على ما هو ضروري لتحقيق هذا الغرض ما يعتبر خروجا عليه . وهذا القيد مأخوذ أصلا مما كانت تنص عليه المادة ٥٧ فقرة أولى من القانون المدني . وقد علته المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون بقوله إنه « قد رؤى أن من الخير استحداث هذا القيد ، وإن انطوى على الحد من حرية الجمعيات في التملك ، توفيا لحس العقارات عن التعامل ودرا لتسهيل على القواعد المتعلقة بالشركات » (٢) . ولعل الشارع قد تأثر في إيراد هذا القيد بالفكرة القديمة التي تحمل معنى الخشية من ازدياد قوة الجمعيات وما يؤدي إليه من خطر على الدولة .

على أن هذا القيد ليس مطلقا . فقد خفف الشارع من حدته من ناحيتين : الأولى . أن الجمعية يجوز لها التحلل من هذا القيد بإذن من الجهة الإدارية المختصة كما هو واضح من النص (م ١ / ٧) . والثانية أن هذا القيد لا يسرى على الجمعيات التي تعمل في ميدان الرعاية الاجتماعية ، والجمعيات الثقافية (م ٢ / ٧) ، والجمعيات ذات الصفة العامة (م ٦٥) . ويقصد بالرعاية الاجتماعية في هذا الصدد توفير الخدمات الصحية.

(١) كان هذا القيد منصوبا عليه كذلك في المعلقة من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة السابق .

ولكن دون جواز التحلل منه بإذن من الجهة الإدارية المختصة .

(٢) مجموعة الأعمال التشريعية من القانونين للمذحج ١ ص ٢٩١ .

والاجتماعية والفنية للأفراد أو الأسر أو المجتمع ، وعلى الأخص الخدمات المتصلة برعاية الأسرة والأمومة والطفولة ورعاية الأحداث والشيوخ العاجزين عن الكسب . وما يتعلق بهذه الخدمات من بحوث ودراسات وتمويل وتنظيم وتدريب (م ٣/٧) .
وتعتبر جمعية ثقافية كل جمعية يكون الغرض من تكوينها التهوض بالعلوم أو الفنون أو الآداب (م ٤/٧) . وتعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك (م ٦٣) .

٣٧٢ - المؤهزة التي تمثل الجمعية :

رأينا أن نظام الجمعية يتضمن بياناً بالأجهزة التي تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضائها وطرق عزلهم أو إسقاط أو إبطال عضويتهم والنصاب اللازم لانتقاد الجمعية العمومية ومجلس الإدارة والأجهزة الممثلة للجمعية والنصاب اللازم لصحة قراراتها (م ٢/٣ د) . على أن هناك جهازين أساسيين يوجب القانون وجودهما في كل جمعية ، وهما الجمعية العمومية ومجلس الإدارة .

(١) الجمعية العمومية : تتكون الجمعية العمومية من جميع الأعضاء العاملين الذين أوفوا بالالتزامات المفروضة عليهم وفقاً لنظام الجمعية ومضت على عضويتهم مدة ستة أشهر على الأقل : ويستثنى من شرط مضي هذه المدة أعضاء جمعيات الطلبة في معاهد التعليم (م ٣٤) .

والأصل أن يكون انتقاد الجمعية العمومية في مقر المركز الرئيسي للجمعية : ويجوز لمجلس الإدارة أن يدعو الجمعية العمومية للانتقاد في مكان آخر يحدد في خطاب الدعوة (م ٣٥) .

وتتخذ الجمعية العمومية بناء على أي مما يأتي : (أ) دعوة من مجلس الإدارة : (ب) طلب يتقدم به مجلس الإدارة كتابة ربح الأعضاء الذين لهم حق حضور الجمعية العمومية أو مائتان منهم أيهما أقل مع بيان للغرض من ذلك . (ج) دعوة من الجهة الإدارية المختصة إذا رأت ضرورة للملك وبعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، كما يجوز لها ذلك إذا لم يستجب مجلس الإدارة للطلب السابق (م ٣٦) : ويجب في جميع الأحوال

أن يرقى جدول الأعمال بالدعوة إلى الجمعية العمومية (م ٣٧) :
وتجب دعوة الجمعية العمومية مرة كل سنة خلال الثلاثة أشهر التالية لانتهاه السنة المالية للجمعية . وذلك للنظر في الميزانية والحساب الختامي وتقرير مجلس الإدارة عن أعمال السنة وتقرير مراقب الحسابات وتعيين وانتخاب أعضاء مجلس الإدارة بدلا من الذين زالت أو انتهت عضويتهم وتعيين مراقب الحسابات ، وغير ذلك من المسائل التي يرى مجلس الإدارة إدراجها في جدول الأعمال : ويجوز دعوتها لاجتماعات غير عادية للنظر في تعديل نظام الجمعية أو حلها أو اندماجها في غيرها أو عزل أعضاء مجلس الإدارة أو لغز ذلك من الأسباب (م ٣٨) .

ويجوز لمعزو الجمعية العمومية أن ينيب عنه كتابة عضواً آخر يمثله في حضور الجمعية العمومية وفقاً لما يحدده نظام الجمعية . ولا يجوز أن ينوب العضو عن أكثر من عضو واحد (م ٤٠) .

ولا يعتبر اجتماع الجمعية العمومية صحيحاً إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها : فإذا لم يتكامل العدد أجل الاجتماع إلى جلسة أخرى تعقد خلال مدة أقلها ساعة وأقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ الاجتماع الأول تبعاً لما يحدد في نظام الجمعية ، ويكون الانعقاد في هذه الحالة صحيحاً إذا حضره بأنفسهم عدد لا يقل عن عشرة في المائة من الأعضاء أو مائتا عضو أيهما أقل بحيث لا يقل عدد الحاضرين عن ثمانية أشخاص (م ٤١) .

ولا يجوز للجمعية العمومية النظر في غير المسائل الواردة في جدول الأعمال إلا بموافقة الأغلبية المطلقة لجميع عسدد أعضاء الجمعية العمومية وليس للأعضاء الحاضرين (م ٣٧) .

والأصل أن تصلقرقرارات الجمعية العمومية بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين ، مالم يشترط نظام الجمعية أغلبية أكثر من ذلك . غير أنه استثناء من هذا الأصل يوجب القانون أن تصلقرقرارات بالأغلبية المطلقة لأعضاء الجمعية العمومية وليس للأعضاء الحاضرين فيما يختص بتعديل نظام الجمعية . وتصلقر بأغلبية ثلثي أعضاء الجمعية العمومية فيما يختص بتقرير حل الجمعية أو إدخال تعديل في نظامها يتعلق بغرض الجمعية أو عزل

أعضاء مجلس الإدارة ، وكذلك فيما يتعلق باتدماج الجمعية في غيرها . وكل ذلك مالم يرد في نظام الجمعية نص يشترط أغلبية أكثر (م ٤٢) .

ولا يجوز لعضو الجمعية العمومية الاشتراك في التصويت إذا كان موضوع القرار المعروض لإبرام اتفاق معه أو رفع دعوى عليه أو إنهاء دعوى بينه وبين الجمعية . وكذلك كلما كانت له مصلحة شخصية في القرار المطروح فيها عدا انتخاب أجهزة الجمعية (م ٤٣) .

(٢) مجلس إدارته : يجب أن يكون لكل جمعية مجلس إدارة ، يبين نظامها اختصاصه وطرق اختيار أعضائه وإنهاء عضويتهم ، وتبين اللائحة التنفيذية نظام سير العمل فيه (م ٤٥) :

ويجب ألا يقل عدد أعضاء مجلس الإدارة عن خمسة ولا يزيد عن خمسة عشر ؛ وفي الجمعيات التي يشترك في عضويتها أجنبي ، يجب أن تكون نسبة عدد أعضاء المجلس المتضمنين الجنسية الجمهورية العربية المتحدة ماثلة على الأقل لنسبتهم إلى مجموع الأعضاء المشتركين (م ٤٦) . وتكون مدة عضوية المجلس ثلاث سنوات ، على أن يتجدد انتخاب ثلث الأعضاء كل سنة بطريق القرعة . ولا يجوز في جميع الأحوال أن تزيد مدة العضوية عن خمس سنوات متتالية ، كما لا يجوز إعادة انتخاب من انتهت عضويتهم بمضى هذه المدة أو بالاستقالة قبل مرور سنة من تاريخ انتهاء العضوية (م ٤٧) ؛ ولوزير الشؤون الاجتماعية أن يعين ممثلاً للوزارة وممثلاً لكل هيئة من الهيئات الإدارية المعنية ، أعضاء في المجلس بحيث لا يزيد عددهم عن نصف مجموع الأعضاء ، وفي هذه الحالة لا تسرى على هؤلاء الأعضاء الميعنين الأحكام المذكورة فيما يتعلق بلحد الأقصى لعدد أعضاء المجلس أو مدة العضوية (م ٤٨) .

ولا يجوز لعضو مجلس الإدارة أن يكون عضواً في مجلس إدارة جمعية أخرى تعمل في الميدان ذاته (م ٤٩) ، كما لا يجوز له أن يعمل في الجمعية بأجر (م ٥٠) . ويشترط فيه أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية ، ويستثنى من ذلك جمعيات الطلبة في معاهد التعليم . وتبين اللائحة التنفيذية الشروط الأخرى التي يلزم توافرها في أعضاء مجلس إدارة بعض الجمعيات لرفع مستوى الإدارة فيها بحسب الغرض الذي أنشئت من أجله (م ٥١) .

ويتولى مجلس الإدارة إدارة شئون الجمعية ، وله في سبيل ذلك القيام بأى عمل من الأعمال عدا تلك التى ينص نظام الجمعية على ضرورة موافقة الجمعية العمومية عليها قبل إجرائها . ويكون انعقاده مرة على الأقل كل شهر للنظر فى شئون الجمعية . وكل عضو يتخلف عن حضور أكثر من نصف عدد جلسات المجلس خلال العام يعتبر مستقيلا من المجلس (م ٥٢) .

وللجهة الإدارية المختصة طلب عقد مجلس الإدارة إذا دعت الضرورة إلى ذلك :
وتحدد هذه الجهة بخطاب موصى عليه الموضوعات التى ترى عرضها على المجلس : ويجب على المجلس أن ينظر فى هذه المسائل فى الموعد الذى تحدده تلك الجهة أو خلال شهر على الأكثر من تاريخ إبلاغه (م ٥٣) .

ويجوز لمجلس الإدارة ، بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة ، أن يعين مديراً من أعضائه أو من غير أعضائه يفوضه فى التصرف فى أى شأن من الشئون الداخلة فى اختصاصه (م ٥٦) .

٣٧٣ - حدود نشاط الجمعية :

رأينا أن مبدأ التخصص يجد من أهلية الوجوب لدى الجمعية . وتبعاً لذلك فإن هذا المبدأ يجد كذلك من نشاط الجمعية ، حيث ينحصر هذا النشاط فى الحدود التى يقتضيها غرض الجمعية . وتطبيقاً لذلك رأينا أن « على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها . ولما أن تستغل فائض إيراداتها لضمان مورد ثابت فى أعمال مضمونة الكسب على ألا يؤثر ذلك فى نشاطها » (م ١٩) . كما رأينا أنه « لا يجوز للجمعية الدخول فى مضاربات مالية » (م ٢٠) (١) .

وفضلاً عن هذه القيود العامة التى تحد من نشاط الجمعية كما هو الشأن بالنسبة إلى غيرها من الأشخاص الاعتبارية ، وضع الشارع قيوداً خاصة على نشاط الجمعية (٢) .

(١) انظر ما فصلناه فى هذا الصدد فيما تقدم لفقرة ٣٧١ .

(٢) وقد نصت المادة ٢١ على أن تصنع الجمعيات المشهرة بالزايما الآتية :

(١) تنق من رسوم التسجيل التى يقع حبه أدائها عليها فى حقود الملكية والرمز والقيود الخاصة

بالحقوق المالية الأخرى . وكذلك من رسوم التصديق على التوقيعات .

فمن هذه القيود ما يتعلق بنوع النشاط الذى تبشره الجمعية نذكرها فيما يلى :

١ - لا يجوز للجمعية أن تعمل فى أكثر من ميدان واحد من الميادين التى تحددها اللائحة التنفيذية إلا بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة وموافقة الجهة الإدارية المختصة . (م ٤) . وذلك كى تخصص الجمعية فى القيام بنوع واحد من الخدمات تستطيع أن تؤديه على الوجه الأكمل :

٢ - لا يجوز للجمعية بغير موافقة الجهة الإدارية المختصة أن تبشر نشاطها خارج نطاق المحافظة التى بها مقرها الرئيسى إلا عن طريق فروع تنشأ وتشهر طبقا لأحكام قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة : ولا يجوز للفرع تعديل نظامه إلا بموافقة الجمعية الأصلية (م ٢٦) (١) :

٣ - يحظر على الجمعيات السماح بلعب القمار أو تقديم مشروبات روية : وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة بالأندية (م ٢٤) .

٤ - لا يجوز الترخيص بجمع التبرعات من الجمهور أو إقامة الحفلات والأسواق الخيرية أو إقامة المباريات الرياضية أو غير ذلك من وسائل جمع المال للأغراض الاجتماعية إلا للجمعيات والاتحادات المشهورة وفى الأحوال وبالأوضاع والشروط التى تبينها اللائحة التنفيذية . ويجوز للجهة الإدارية المختصة أن تضيف شروطا أخرى بالنسبة إلى كل حالة على حدة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك (م ٢٥) .

٥ - لا يجوز للجمعية أن تخصص مكانا لإيواء الأحداث أو المسنين أو الناقهين أو غيرهم من المحتاجين إلى الرعاية الاجتماعية إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من

= (ب) تنق من رسوم القسمة المفروضة حاليا ولتى تفرض مستقبلا على جميع القفود والهررات والأوراق والطبوعات والجلدات وغيرها .

(ج) تنق من الرسوم الجبركية المفروضة على ما تنص عليه من معدلات وأدوات لازمة لنشاطها ، على أن يصدر بتمليح هذه المعدلات قرار من الجهة الإدارية المختصة ، ويحظر على الجمعية التصرف فى هذه للمعات والآلات لمدة خمس سنوات مالم تدفع عنها الرسوم الجبركية المستحقة .

(هـ) تمتع تخفيضا قدره ٢٥٪ من أجور نقل المعدات والآلات على السكك الحديدية .

(١) كان لقانون السابق لايلازم الجمعية فى مثل هذه الحالة بإنشاء فروع وشهرها ، بل كان يترك لجمعية حرية إنشاء فروع لها كما كان يحصل شهرها بجواتريا .

الجهة الإدارية المختصة . وتتضمن اللائحة التنفيذية شروط الترخيص وإجراءاته بحيث تكفل رفع مستوى الإدارة وضمان الرعاية الاجتماعية والصحية والنفسية والتعليمية للزلاء . (م ٦٧) . ويجوز للجهة الإدارية سحب الترخيص إذا وقعت مخالفة لشروطه (م ٦٨) :
٦ - للجهة الإدارية المختصة أن تقرر إدماج أكثر من جمعية تعمل لتحقيق غرض متماثل أو توحيد إدارتها أو تعديل أغراضها تبعاً لاحتياجات البيئة أو لتحقيق التناسيق بين الخدمات التي تؤديها أو لغیر ذلك من الأسباب التي تراها كفيلة بحسن تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله (١) : وتراعى بقدر الامكان رغبات المؤسسين وغرض الجمعية ونوع ما تؤديه من خدمات : ويصلر بالإدماج قرار مسبب ببيان كيفية الإدماج ويبلغ إلى ذوی الشأن فور صدوره (م ٢٩ و ١ و ٣ و ٢) .

ومن هذه القيود ما يتعلق بالرقابة على ما يكون للجمعية من صلات خارجية: حيث لا يجوز لأية جمعية أن تنسب أو تشرك أو تنضم إلى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية العربية المتحدة قبل إبلاغ الجهة الإدارية المختصة بذلك وانقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ الإبلاغ دون اعتراض منها . كما لا يجوز لأية جمعية أن تحصل على أموال من شخص أجنبي أو جهة أجنبية ولا أن ترسل شيئاً من ذلك إلى أشخاص أو منظمات في الخارج إلا بإذن من الجهة الإدارية المختصة ، وذلك فيما عدا المبالغ الخاصة بشحن الكتب والنشرات والسجلات العلمية والفنية (م ٢٣) .

ومن هذه القيود كذلك أنه لا يجوز لأعضاء النقابات المهنية أو المنظمات النقابية العمالية ولا لمن لهم الحق في عضويتها إنشاء جمعية أو رابطة لممارسة نشاط تختص أو تقوم

(١) كانت سلطة الإدارة في الامداج قاصرة في القانون السابق على الجمعيات ذات الصلة العامة . وكان من شأن ذلك أن يظل يد الإدارة ويحول بينها وبين القيام بأه تحقيق جنی لخدمات الرعاية الاجتماعية . ولذلك رأى إصله تلك السلطة لجهة الإدارة بالنسبة إلى الجمعيات كلها بدون استثناء (المذكرة الإيضاحية) .

(٢) وحل محل الجمعية المنتجة أن يبادروا بتسليم جميع الأموال والمستندات الخاصة بها إلى الجمعية المنتجة فيها . ولا تسأل الجمعية من التزامات الجمعيات المنتجة فيها إلا في حدود ما آلت إليها من أموال تلك الجمعيات وحقوقها من تاريخ الامداج (م ٢٩ / ٤ و ٥) . ويحظر على مجلس إدارة الجمعية المنتجة ، وكذلك على مراقبيها ، التصرف في أي شأن من شؤون الجمعية بمجرد إبلاغهم بقرار الامداج (م ٣٠ / ١) .

به تلك النقابات أو المنظمات (م ١٣) . والحكمة من ذلك أن للنشاط النقابي مسدانه الخاص وقوانينه المستقلة (١) .

٣٧٤ - الرقابة على نشاط الجمعية :

كان نشاط الجمعية في ظل قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة السابق خاضعاً لرقابة قضائية ورقابة إدارية . ولكن الشارع في القانون الحالي وسع من رقابة الإدارة على نشاط الجمعية ، وخولها فضلاً من ذلك ما كان للقضاء من رقابة على هذا النشاط ، كما نزع من يد القضاء سلطة الحكم بإغلاق مقر الجمعية وجعل هذه السلطة للإدارة كإجراء مؤقت . وبذلك أصبح عمل القضاء في هذا الخصوص قاصراً على الحكم بالعقوبات المقررة على الأشخاص الذين يرتكبون المخالفات المنصوص عليها ، وكذلك الحكم بالتعويض على مدير الجمعية وأعضاء مجلس الإدارة .
ومع ثم نتكلم في الرقابة الإدارية ، ثم في الجزاءات :

(١) الرقابة الإدارية : خول الشارع الجهة الإدارية المختصة سلطة واسعة في الرقابة على نشاط الجمعية . وقد نصت المادة ٢٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة على القاعدة في هذا الصدد فقالت : « تخضع الجمعيات لرقابة الجهة الإدارية المختصة : وتتناول هذه الرقابة فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية . ويتولى هذه الرقابة مفتشون تعينهم الجهة المختصة » .
ولكفالة تحقيق هذه الرقابة أوجب الشارع اتخاذ إجراءات معينة ، وخول الجهة الإدارية المختصة سلطة إصدار القرارات اللازمة لمواجهة مايقع من مخالفات .
فهناك إجراءات يجب على الجمعية أن تتخذها فيما يتعلق بوثائقها ، وحساباتها المالية ، وأموالها النقدية :

١ - حيث يجب على الجمعية أن تحتفظ في مركز إدارتها بالوثائق والمكاتبات والسجلات الخاصة بها : ويصدر بيان هذه السجلات وكيفية إمسакها والبيانات التي

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

تحتوى عليها قرار من اللجنة الادارية المختصة . ويجب ختم هذه السجلات من اللجنة الادارية المختصة قبل استعمالها . ولكل من الأعضاء واللجنة الإدارية المختصة والاتحاد المختص حق الاطلاع على هذه السجلات والوثائق والدفاتر . ويموز للأعضاء أفيطلبوا من هذه اللجنة الإدارية تمكينهم من الاطلاع على هذه السجلات والوثائق والدفاتر إذا تعذر عليهم ذلك ، على أن يتقدم بهذا الطلب عند لا يقل عن عشر عدد الأعضاء أو عشرين عضواً أيهما أقل طبقاً للنظام الذى تتيحه اللائحة التنفيذية . ويجب إخطار كل من اللجنة الادارية المختصة والاتحاد المختص بحركة العضوية في المواعيد والكيفية التى تحددها اللائحة التنفيذية (م ١٦) . ويجب أن يذكر اسم الجمعية وعنوان مقرها ورقم شهرها ونطاق عملها الجغرافى في جميع دفاترها وسجلاتها ومطبوعاتها (م ٢٢) .

٢ - ويجب أن تكون للجمعية ميزانية سنوية . وإذا تجاوزت مصروفاتها أو إيراداتها ألف جنيه وجب على مجلس الادارة عرض الحساب الختامى على أحد المحاسبين المقيدين بالجدول مشفوعاً بالمستندات المؤيدة له لفحصه وتقديم تقرير عنه قبل انعقاد الجمعية العمومية في اجتماعها السنوى بشهر على الأقل . ويجب إرفاق صورة من الحساب الختامى والميزانية العمومية وتقارير مراقب الحسابات ومجلس الادارة بخطابات الدعوة الموجهة إلى الأعضاء الذين لهم حق حضور الجمعية العمومية ، كما يجب عرض هذه الأوراق في مكان ظاهر بمقر الجمعية قبل انعقاد الجمعية العمومية بثانية أيام على الأقل ، وتظل كذلك حتى يتم التصديق عليها (م ١٧) .

٣ - وعلى الجمعية أن تودع أموالها النقدية باسمها الذى اشتهرت به لدى مصرف أو صندوق التوفير . وعليها أن تحظر اللجنة الإدارية المختصة عند تمييز جهة الإيداع خلال أسبوع من تاريخ حصوله : ولا يجوز لها أن تحتفظ برصيد نقلى يزيد على ثلاثة أمثال المصروفات السنوية للإدارة إلا بإذن من اللجنة الإدارية المختصة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص . كما لا يجوز لها أن تحتفظ برصيد نقدى خارج المصرف أو صندوق التوفير يزيد على مصروفات شهر واحد (م ١٨) ؛

وهناك إجراءات تتعلق بأعمال الجمعية العمومية :

١ - فاللجنة الإدارية المختصة أن تدعو الجمعية العمومية إذا رأت ضرورة لذلك وبعد أخذ رأى الاتحاد المختص : كما يجوز لها ذلك إذا لم يستجب مجلس الإدارة إلى الطلب المقدم له في هذا الشأن من الأعضاء الذين يحق لهم طلب عقد الجمعية العمومية (م ٣٦) . وهذا إجراء مستحدث .

٢ - ويجب إبلاغ كل من اللجنة الإدارية المختصة والاتحاد المختص بكل اجتماع للجمعية العمومية قبل انعقاده بخمسة عشر يوماً على الأقل وبصورة من خطاب الدعوة والمسائل الواردة في جدول الأعمال والأوراق المرفقة به . ولكل منهما أن يتدب من يحضر الاجتماع (م ٣٩) .

٣ - كما يجب إبلاغ كل من اللجنة الإدارية المختصة والاتحاد المختص بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الاجتماع (م ٤٤) : كما أن هناك إجراءات تتعلق بأعمال مجلس الإدارة ، وهى كلها إجراءات مستحدثة :

١ - حيث يجب إبلاغ اللجنة الإدارية المختصة بأسماء المرشحين لعضوية مجلس الإدارة في الجمعيات ذات الصلة العامة وجمعيات الرعاية الاجتماعية ، وذلك قبل اختيار أعضاء المجلس بثلاثين يوماً على الأقل ، وللهذه اللجنة أن تستبعد من ترى استبعاده من المرشحين ، وإذا لم تبلغ اعتراضها إلى الجمعية قبل الموعد المحدد للانتخاب بسبعة أيام اعتبر ذلك موافقة منها على الترشيح : كما يجوز لها أن تتدب من يحضر الانتخاب للتحقق من أنه يحوز طبقاً لنظام الجمعية ، ولها إلغاء الانتخاب بقرار مسبب خلال خمسة عشر يوماً من إبلاغها بمحضر الاجتماع إذا تبين لها أنه وقع مخالفاً لذلك النظام أو القانون (م ٥٥) : ويعتبر قرار اللجنة الإدارية في هذه الحالة بإلغاء الانتخاب قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة (١) .

٢ - ولوزير الشؤون الاجتماعية أن يعين ممثلاً للوزارة وممثلاً لكل هيئة من الهيئات الإدارية المعنية ، أعضاء في مجلس الإدارة بحيث لا يزيد عددهم عن نصف مجموع أعضاء المجلس . ولا تسرى على هؤلاء الأعضاء أحكام العضوية فيما يتعلق بالحد الأقصى لعدد أعضاء المجلس أو مدة العضوية (م ٤٨) .

٣ - وللجهة الإدارية المختصة طلب عقد مجلس الإدارة إذا دعت الضرورة إلى ذلك ، وتحدد هذه الجهة بخطاب موصى عليه الموضوعات التي ترى عرضها على المجلس . ويجب على المجلس أن ينظر في هذه المسائل في الموعد الذي تحدده هذه الجهة أو خلال شهر على الأكثر من تاريخ إبلاغه (م ٥٣) .

٤ - ويجب إبلاغ كل مع الجهة الإدارية المختصة والاتحاد المختص بصورة مع مجاهر اجتماع مجلس الإدارة وما اتخذ فيه من قرارات خلال أسبوع من تاريخ انعقاد (م ٥٤) .

وبالإضافة إلى هذه الإجراءات المختلفة التي تستطيع الجهة الإدارية المختصة بواسطتها أن توجه نشاط الجمعية الوجهة السليمة ، خول الشارع هذه الجهة سلطة إصدار القرارات اللازمة لمواجهة مايقع من مخالفات :

١ - فلوزير الشؤون الاجتماعية أن يعين بقرار مسبب ولمدة محددة مديراً أو مجلس إدارة مؤقت للجمعية يتولى الاختصاصات المخولة في نظامها لمجلس إدارتها ، وذلك إذا أصبح عدد أعضاء مجلس الإدارة لا يكفي لانعقاده انعقاداً صحيحاً ، أو إذا لم يتم انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين بدون عذر تقبله الجهة الإدارية المختصة . كما يجوز له هذا التصيين إذا ارتكبت الجمعية من المخالفات مايسوجب هذا الإجراء ولم تر الجهة الإدارية حلها (١) . ويكون ذلك بعد إنذار الجمعية بإزالة أسباب المخالفة وانقضاء خمسة

(١) وفي هذه الحالة للجهة الإدارية المختصة بعد أخذ رأي الاتحاد المختص أن تقرر حرمان من تثبت مسؤوليته من أعضاء مجلس الإدارة لتقديم من وقروح المخالفات التي دعت إلى تعيين مدير أو مجلس إدارة مؤقت من ترشيح أنفسهم لعضوية مجلس الإدارة الجديد لمدة أقصاها أربع سنوات (م ٢٢) .

عشر يوما من تاريخ الانتذار دون لذارته (١) . وللوزير أن يمد المدة المحددة بالقرار للمدير أو المجلس المؤقت إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، على ألا تزيد في جميع الأحوال عن ثلاث سنوات ، وينشر القرار الصادر في هذا الشأن في الوقائع المصرية (م ٢٨) (٢) وعلى المدير أو مجلس الإدارة المؤقت أن يدعو الجمعية العمومية إلى اجتماع يعقد قبل انتهاء المدة التي يحددها قرار تعيينه بشهر على الأقل وأن يعرض عليها تقريراً مفصلاً عن حالة الجمعية . وتنتخب الجمعية العمومية مجلس الإدارة الجديد في الجلسة ذاتها بعد اتخاذ الإجراءات الخاصة بترشيح أعضاء المجلس وفقاً للأحكام المقررة في هذا الشأن : وتكون قرارات المدير أو المجلس المؤقت خلال المدة المعينة في قرار تعيينه أو تشكيله ملزمة للجمعية في الحدود المبينة بهذا القرار أو المقررة في نظامها (م ٣١) .

٢ - وللجهة الإدارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون الجمعية يكون مخالفاً للقانون أو لنظام الجمعية أو للنظام العام أو للآداب . وللجمعية ولكل فئ شأن أن يطعن في قرار وقف التنفيذ بغير رسوم أمام محكمة القضاء الإدارى . وعلى المحكمة أن تقضى في الطعن على وجه الاستعجال (م ٣٣) :

ويعتبر هذا الحل مع أهم الأحكام التي استحدثها الشارع في القانون الحالي . فقد كان القانون السابق يحول القضاء السلطة في هذا الشأن ، حيث كان يجعل لإبطال مثل

(١) كانت سلطة الإدارة فتعين مدير أو مجلس إدارة مؤقتة خاصة في القوانين السابق على الجمعيات ذات لفظة العامة . وكان من شأن ذلك أن يجعل الإدارة عاجزة من اتخاذ إجراء سريع حاسم في الحالات التي ينصرف فيها مجلس الإدارة أو يرتكب مخالفات جسيمة . ولذلك روى إعطاء تلك السلطة لجهة الإدارة بالنسبة إلى الجمعيات كلها بدون استثناء (المذكرة الإيضاحية) .

(٢) ويحظر على مجلس إدارة الجمعية التي صدر قرار بتعيين مجلس مؤقت أو مدير لها ، وكذلك على موظفيها ، انصرف في أى شأن من شئون الجمعية بمجرد إعلانهم قرار تعيين المدير أو المجلس المؤقت . وعلى أعضاء مجلس إدارة الجمعية أو القائمين بالعمل فيها أن يبادروا إلى تسليم المدير أو المجلس المؤقت بمجرد تشكيله جميع أموال الجمعية وسجلاتها ودفاترها ومستنداتها ، وعلى جميع الموظفين والمسؤولين في الجمعية أن يحافظوا على أرواقها ومستنداتها وأموالها حتى يتم تسليمها إلى المدير أو المجلس المؤقت . ولا يجزى قيام هؤلاء بتسليم أموال الجمعية بما يكون قد ترتب في ذمتهم من مسئولية (م ٣٠) .

هذا القرار بحكم من المحكمة . وإذا وقفت الجهة الادارية للعمل بهذا القرار في حالة الاستعجال ، فكان يعتبر قرار الوقف كأن لم يكن إذا لم ترفع دعوى البطلان خلال مدة معينة . أما في القانون الحالي فلم تعد هذه السلطة للقضاء : حيث أصبحت جهة الادارة هي صاحبة الحق في وقف تنفيذ أى قرار من هذا القبيل : ويعتبر قرارها في هذا الشأن قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة .

(٢) الجزاءات : فرض الشارع عقوبات جنائية بحكم بها القضاء على من يرتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة ٩٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة (١) ، أو يرتكب مخالفة أخرى غير ذلك (٢) :

(١) تنص هذه المادة على أنه « يعاقب بالمحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين :

١ - كل من سرر أو قدم أو أسك محرراً أو سجلاً ما يلزمه القانون بتقديمه أو إسكائه يشتغل على بيانات كاذبة مع علمه بذلك ، وكل من تصد إسطاء بيان ما ذكر لجهة غير مختصة أو تصد إخفاء بيان يلزمه القانون إثباته .

٢ - كل من يباشر نشاطاً الجمعية أو المؤسسة قبل شهرها طبقاً لأحكام هذا القانون .

٣ - كل من يباشر نشاطاً الجمعية أو المؤسسة يجاوز للنصر الذي أنشئت من أجله أو أنفق أموالها فيما لا يحقق هذا الغرض أو دخل بأموالها في مقاربات مالية .

٤ - كل من سمح لغير أعضاء الجمعية المقيدة أسمائهم في سجلاتها بالاشتراك في إدارتها أو في معاملات الجمعية العمومية .

٥ - كل من اشترك في مواصلة نشاط جمعية أو مؤسسة متحلة أو تصرف في أموالها على أي وجه به نشر قرار الحل . ويجوز العلم ثابها في حق الكفالة بمجرد نشر القرار في الوقائع المصرية .

٦ - كل مصنف وزع على الأعضاء أو غيرهم موجودات الجمعية أو المؤسسة على خلاف ما يقتضيه به هذا القانون أو القرار الصادر بالحل .

٧ - كل من جمع تبرعات على خلاف أحكام هذا القانون، ويجوز الحكم بإصدار ما جع منها لحساب الجهة الإدارية المختصة لإنفاقه في وجوه غير .

٨ - كل من انتخب من أعضاء مجلس الإدارة والمدير والموظفين من المبادرة إلى تسليم الأموال والمستندات والقفار المتعلقة بالجمعية للنتيجة المسؤولين بالجمعية الدائجة في حالة إدماج جمعية أو أكثر =

وبماق أعضاء مجلس الإدارة ومدير الجمعية معيناً كاد أو مستخياً أو متدنيا بهذه العقوبات ذاتها إذا وقعت الجرائم أو المخالفات المذكورة بسبب إهمالهم أو تقصيرهم في أداء واجبات وظيفتهم (م ٩٤) : كما يسأل هؤلاء في أموالهم الخاصة عن تعويض كافة الأضرار المادية التي تلحق بالجمعية نتيجة إخلالهم بالقيام بواجبات الرجل الجريص أثناء إدارتهم للجمعية (م ٩٥) .

وللجهة الإدارية المختصة أن تقوم بإغلاق مقر الجمعية وفروعها أو أحدها لمدة محددة قابلة للتجديد . وذلك كإجراء مؤقت حتى يفصل في أمرها سواء بتعيين مجلس إدارة مؤقت أو بالاندماج أو الحل (م ٩٦) .
ولا يخل تطبيق هذه الأحكام بتوقيع أية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر (م ٩٧/١) (١) :

٣٧٥ - انحضاء الجمعية :

تنفص الجمعية بالأسباب العامة التي ينتهي بها الشخص الاعتباري (٢) ، كأنقضاء الأجل المحدد لها ، أو تحقيق الغرض الذي قامت من أجله ، أو استحالة تحقيق هذا الغرض ، أو موت جميع أعضائها ، أو نقصان عددهم إلى أقل من الحد الأدنى الذي يتطلبه القانون (٣) ، أو الحل .

ويجوز لكل عضو ، ملم يكن قد تمهد في البقاء في الجمعية للجمعية ، أن ينسحب منها في أى وقت : كما يجوز فصل أحد الأعضاء من الجمعية وفقاً للإجراءات المبينة

« وكل من امتنع من المبادرة إلى تسليم هذه الأموال والمستندات المدير أو مجلس الإدارة المؤقت في حالة تسيته » .

(٢) تنص هذه المادة على أنه كل مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون أو لائحة التنظيمية أو القرارات الصادرة في شأنه يماق مرقكياً بفرامة لا تتجاوز عشرين جنياً » .

(١) ويكون للموظفين الذين يصدر بتحديثهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع وزير الشؤون الاجتماعية صفة مامورى الضبطية القضائية بالنسبة إلى الجرائم المشار إليها (م ٩٧ / ٢) .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥٢ .

(٣) انظر فيما تقدم فقرة ٣٦٨ .

في نظامها ، أو إسقاط عضويته حينما يقوم به سبب يدعو إلى ذلك (م ٦) : ولا يؤثر انسحاب العضو أو فصله أو إسقاط عضويته على وجود الجمعية .
ويعتينا أن نتناول في هذا المقام انقضاء الجمعية بالحل . فهذا الحل قد يكون اختياريا أو إجباريا .

ويقع الحل الاختياري للجمعية بقرار يصدر من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثي أعضائها ، ما لم يشترط نظام الجمعية أغلبية أكثر من ذلك (م ٤٢ / ٢) :
ويكون الحل الإجباري بقرار يصدر من الجهة الإدارية ، وهي وزير الشؤون الاجتماعية . فقد نصت المادة ٥٧ على أنه يجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشؤون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص في الأحوال الآتية (١) : (١) إذا ثبت عجزها عن تحقيق الأغراض التي أنشئت من أجلها : (٢) إذا تصرفت في أموالها في غير الأوجه المحددة لها طبقاً لأغراضها . (٣) إذا تملز انقضاء جمعيتها العمومية عامين متتاليين . (٤) إذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو إذا خالفت النظام العام والآداب ؛ — ويبلغ قرار الحل للجمعية بخطاب موصى عليه يعلم وصول . — والجمعية ولكل ذى شأن أن يظعن في قرار الحل أمام محكمة القضاء الإداري . وعلى المحكمة أن تفصل في العطن على وجه الاستعجال وبلون مصروفات (٢) :

ويعتبر هذا الحكم من أهم ماستحدثه الشارع في القانون الحالي . فقد كان الحل الإجباري في القانون السابق يتم بحكم من المحكمة الابتدائية بناء على طلب أحد الأعضاء أو شخص ذى مصلحة أو النيابة العامة . أما في القانون الحالي فقد أصبح لما الحل من اختصاص الوزير بقرار مسبب في الحالات المذكورة . ويعتبر قراره في هذا الشأن قراراً

(١) ويحظر حل من تكبت مسئوليتهم من أعضاء مجلس الإدارة من وقوع المخالفات التي دعت إلى حل الجمعية ترشيح أنفسهم لتضويد مجلس إدارة أية جمعية أخرى لمدة خمس سنوات من تاريخ صدور قرار الحل (م ٦٢) .

(٢) ويحظر حل أعضاء الجمعية التي صدر قرار بحلها ، كما يحظر حل القائمين بإدارتها وعلى موظفيها ، مواصلة نشاطها أو التصرف في أموالها . ويحظر حل كل شخص أن يشترك في نشاط الجمعية بعد نشر قرار حلها في الوقائع المصرية (م ٥٨) .

إدارياً يجوز الطعن فيه بالالغاء أمام محكمة النضام الإداري بمجلس الدولة . وبمقتضى النص المذكور يكون هذا الطعن بغير رسوم ، ويتعين على المحكمة أن تفصل فيه على وجه الاستعجال .

٣٧٦ - تصفية الجمعية :

متى تقرر حل الجمعية ، سواء كان الحل اختيارياً أو إجبارياً ، وجبت تصفية أموالها لسداد ديونها وتحديد مصير ما يتبقى من هذه الأموال . ولذلك يعين لها مصفئ لمدة وبأجر محددين . ويقوم بهذا التعيين والتحديد الجهة التي أصدرت قرار الحل ، أي الجمعية العمومية إذا كان الحل اختيارياً ، أو الجهة الإدارية المختصة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص إذا كان الحل إجبارياً (م ٥٩) :

ويجب على القائمين على إدارة الجمعية المبادرة بتسليم المصنف جميع المستندات والسجلات الخاصة بالجمعية عند طلبها ، ويمنع عليهم وعلى الجهة المودع لديها أموال الجمعية والمدينين لها التصرف في أى شأن من شئون الجمعية أو حقوقها إلا بأمر كتابي من المصنف (م ٥٩) : حيث تبقى الشخصية الاعتبارية للجمعية بعد حلها بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تم هذه التصفية ، وذلك وفقاً لما ذكرناه بالنسبة إلى الشخص الاعتباري بصفة عامة وقياساً على ما هو مقرر في شأن الشركات (١) ، فيكون المصنف ممثلاً للجمعية في تلك المراحل (٢) .

وبعد تمام التصفية يقوم المصنف بتوزيع الأموال الباقية وفقاً للأحكام المقررة في نظام الجمعية (م ١/٦٠) . على أن الشارع في هذا النطاق يحدد بقواحد أمره ما يصح أن يتضمنه نظام الجمعية في شأن تحديد الجهة التي تؤول إليها أموالها عند الحل . حيث لا يجوز أن ينص في نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل إلى جهة معينة إلا أنه

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥٢ .

(٢) وتنص المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها مركز الجمعية دون غيرها بالفصل في كل دعوى .

عننية ترفع من المصنف أو عليه (م ٦١) .

تكون هذه الجهة هي الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التي تعمل في ميدان الجمعية (م ١/٥) = ويجوز أن تؤول هذه الأموال إلى جمعيات أو مؤسسات أو اتحادات تعمل في ميدان آخر بعد موافقة الجهة الإدارية المختصة وبعد أخذ رأى الاتحاد المختص (م ٢/٥) . ولا يسرى هذا الحكم على المال الذي يخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات (م ٣/٥) = والعلّة في هذا الاستثناء أن هذه الأموال قد خصصت للتوزيع على الأعضاء أنفسهم . وقد أحالت المادة ٦ على هذا الاستثناء في قولها إنه ولا يكون للعضو المنسحب ولا للعضو المتفصل أو العضو الذي سقطت عضويته حق في أموال الجمعية إلا في الحالات المنصوص عليها في هذا القانون ؛ إذ المقصود بهذه الحالات أن يكون هناك مال مخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات . ومن ثم فلا يجوز أن ينص في نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل إلى الأعضاء أو إلى ورثتهم (١) ، إنما يجوز مثل هذا النص بالنسبة إلى الأموال المخصصة لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات (٢) .

وإذا لم يوجد في نظام الجمعية نص يبين مصير أموالها عند حلها ، أو وجد مثل هذا النص ولكن أصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة (٣) ، وجب على الجهة الإدارية بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة أن تقرر توجيه أموال الجمعية المنحلة إلى الهيئات الاجتماعية التي تراها (م ٦٠/٢) =

٣٧٧ - الجمعيات ذات الصلة العامة :

نصت المادة ٦٣ على أنه « تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك . كما يجوز بقرار من

(١) والعلّة في هذا التحريم أن الجمعية لا توجد بقصد الربح ، كما أن أموالها تصبح في الغالب من حيلة التبرعات والإعانات وبعض الرسوم ، فلا يصح أن تكون مصدرا لإثراء الأعضاء .

(٢) كانت المادة ٤ من القانون السابق تنص على هذا الحكم .

(٣) كما لو نص في نظام الجمعية على أن تؤول أموالها إلى جمعية أخرى معينة ، وكانت هذه الأخيرة

قد انتقلت قبل انقضاء الأول .

رئيس الجمهورية بحسب الصفة العامة من الجمعية : فإذا كانت الجمعية ترى إلى تحقيق مصلحة عامة فإنها تتمتع بجمية ذات صفة عامة إذا صرح قرار من رئيس الجمهورية بمنحها هذه الصفة . ولا يقترب على منح للصفة العامة أن تصبح الجمعية من أشخاص القانون العام ، بل تظل خاضعة لأحكام القانون الخاص مع تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة . وإذا سمحت للصفة العامة من الجمعية فلا يقترب على ذلك انتهاء شخصيتها ، بل تصبح جمعية عادية لا تتمتع بالامتيازات التي تثبت للجمعيات ذات الصفة العامة .

ويقترب على منح للصفة العامة للجمعية ما يأتي :

- ١ - تثبت للجمعية بعض امتيازات السلطة العامة : ويحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية من هذه الامتيازات ، كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز غلق هذه الأموال بالحيازة أو بالتقادم ، وجواز قيام الجهة الإدارية المختصة بنزع الملكية المنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية (م ٦٤) :
- ٢ - تستثنى الجمعية من قيود الأهلية المتعلقة بملك الأموال والمقارنات (م ٦٥) :
- ٣ - يجوز لوزير الشؤون الاجتماعية أن يعهد إلى الجمعية بإدارة المؤسسات التابعة للوزارة أو تنفيذ بعض مشروعاتها أو برامجها (م ٦٦) (١) .

٣٧٨ - مؤتمرات :

عنى الشارع في القانون الحالي بتنظيم مستحدث للاتحادات التي تقوم بين الجمعيات والمؤسسات الخاصة . حيث جعل هذه الاتحادات على نوعين : اتحادات نوعية تعمل

(١) كان القانون السابق يحل سلطات الإدارة في الرقابة الشاملة ، وتعين مدير أو مجلس إدارة مؤقت ، وإدماج أكثر من جمية ، وإنشاء اتحاد يندق نشاط الجمعيات ، قاصرة على الجمعيات ذات الصفة العامة . ولكن في القانون الحالي أصبحت هذه السلطات ثابتة للإدارة بالنسبة إلى الجمعيات كلها بدون استثناء كما فعلنا فيما تقدم .

وكانت سلطة الإدارة في استبعاد من ترى استبعاده من المرشحين لعضوية مجلس الإدارة قاصرة على القانون السابق على الجمعيات ذات الصفة العامة . ولكن في القانون الحالي تثبت للإدارة بالنسبة إلى الجمعيات ذات الصفة العامة وحجيات الرقابة الاجتماعية ، كما رأينا فيما تقدم .

على مستوى الجمهورية ، وهذه يكون اختصاصها نوعيا ، بمعنى أنه يتحدد بحسب نوع النشاط ، أى بحسب نوع الخدمة أو الرعاية التى تقوم بها الجمعيات أو المؤسسات التى يضمها الاتحاد . واتحادات إقليمية تعمل على مستوى المحافظة ، وهذه يكون اختصاصها شاملا لكل أنواع الخدمات والرعاية التى تقوم بها الجمعيات والمؤسسات المختلفة فى نطاق المحافظة :

وللجهة الإدارية المختصة أن تنشئ اتحادات نوعية أو إقليمية بين الجمعيات والمؤسسات الخاصة تكون لها الشخصية الاعتبارية بحكم القانون بمجرد إنشائها . وتتألف الجمعية العمومية للاتحاد من ممثلى هذه الجمعيات والمؤسسات : ويتألف مجلس إدارة الاتحاد من ممثلين لهذه الجمعيات والمؤسسات ويمثلون الجهة الإدارية المختصة وغيرهم من المهتمين بالمسائل الاجتماعية : وتبين اللائحة التنفيذية عدد أعضاء مجلس الإدارة وطريقة اختيارهم ، كما تبين قواعد تنظيم العمل فى الاتحادات وتمويلها (م ٨٣) :

ومقتضى ما ذكرناه فى بيان المقصود من هذين النوعين من الاتحادات ومجال العمل لكل منهما أنه لا يجوز إنشاء أكثر من اتحاد نوعى فى ميدان الخدمة والرعاية الواحدة ، ولا أكثر من اتحاد إقليمي فى المحافظة (م ٨٤) :

وبالإضافة إلى ذلك ، فقد نص الشارع على أن ينشأ اتحاد عام للجمعيات والمؤسسات الخاصة تكون له الشخصية الاعتبارية بحكم القانون ، ويشكل مجلس إدارته بقرار من رئيس الجمهورية . ويضم هذا المجلس ممثلين للاتحادات النوعية والإقليمية والاتحاد الاشتراكي العربى والجهات الادارية المختصة وعددا من المهتمين بالمسائل الاجتماعية ، وتكون رئاسته لوزير الشؤون الاجتماعية (م ٨٥) (١) .

ويتحدد اختصاص كل اتحاد بحسب المجال الذى يعمل فيه . فالاتحاد العام يعنى أساسا بوضع الخطة العامة لميادين الخدمات الاجتماعية والتمويل وسياسة التدريب وإعداد العاملين (م ٨٦) : والاتحاد النوعى يقوم بتخطيط الرعاية الاجتماعية فى ميدان العمل

(١) ويصدر بالنظام الداخلى للإتحاد العام قرار من وزير الشؤون الاجتماعية . وينص هذا النظام

على كيفية إدارة الاتحاد وتنظيم أعماله (م ٨٥) .

التصل بأغراضه وما يحصل بذلك من إجراء البحوث وتحديد مستويات الخدمة وتنسيق الجهود ووضع برامج الإعداد التقني والإداري وتوفير جهود الأعضاء وتقديم المعاونة الفنية (م ٨٧) . والاتحاد الإقليمي يتولى تنفيذ السياسة العامة التي يضعها الاتحاد العام وما يقتضيه ذلك من الاطلاع على الحساب الختامي والميزانية الخاصة بالجمعيات والمؤسسات الأعضاء وعمل البحوث وتنسيق الجهود ودراسة احتياجات البيئة وتوفير الخدمات التي تؤدي وتنظيم برامج الإعداد والتدريب ودراسة مشاكل التمويل . (٨٨) (١) .

٣٧٩ - صندوق مدعيات :

قدر الشارع أن الخدمات الاجتماعية تحتاج إلى مال يكفل لها أن تؤدي وأن توفى ثمرتها : كما لاحظ أن الاعتمادات المالية التي كانت مخصصة للجمعيات والمؤسسات الاجتماعية لا تكفي لمساعدتها على مسايرة التطور المحسوس الذي حققته الثورة في مختلف الميادين . فكان لا بد والحالة هذه من إعادة النظر في أساليب تمويل تلك الهيئات بما يكفل لها الثبات والاستمرار في أداء رسالتها التي هي في حقيقتها امتداد لرسالة الدولة في خدمة المجتمع (٢) ،

ولذلك نص الشارع على أن ينشأ بوزارة الشؤون الاجتماعية صندوق لإعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة والاتحادات (م ٨٩) : وتتكون موارده من حصيلة الرسوم الإضافية المفروضة لصالح الأعمال الخيرية ، ومن المبالغ المدرجة بالميزانية العامة للدولة لإعانة هذه الهيئات ، ومن حصيلة ضريبة المراهات ، ومن حصنة وزارة الشؤون الاجتماعية في القيمة الاسمية لأوراق النصيب ، ومن حصيلة التبرعات والإعانات التي تقررها المؤسسات العامة والشركات لهذه الهيئات (م ٩٠) . ويديره مجلس إدارة يشكل بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية ، وتتكون له رياسته ، ويختص برسم سياسة التصرف في أمواله (م ٩١) :

(١) كان تكوين الاتحادات في القانون السابق متوقفا للجسيات . وكان الاتحاد الذي تتكونه الجمعيات فيما بينها لا يكسب الشخصية الاعتبارية إلا إذا شمر نظامه كما هي الحال بالنسبة إلى الجمعيات .

(٢) المذكرة الإيضاحية .

ثانيا : مجموعات الأموال

٣٨٠ - الأوقاف والمؤسسات الخاصة :

ثبتت الشخصية الاعتبارية لهذين النوعين من مجموعات الأموال بمقتضى الاعتراف العام كما قلنا ،

والوقف نظام مستمد من الشريعة الإسلامية : وقد كان إلى عهد قريب هو الصورة الوحيدة المعروفة في مصر لهذا النوع من الأشخاص الاعتبارية : ولكن قواعده تجعله يقصر عن تحقيق الأغراض والمزايا التي ترجى من وراء المؤسسة بمعناها المعروف في الشرائع الحديثة ، ولذلك نظم الشارع أحكام المؤسسات الخاصة إلى جانب الأوقاف :

وأحكام الأوقاف يتضمن بعضها القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بأحكام الوقف والقوانين المعدلة له ، حيث قنن الشارع بعض القواعد الخاصة بالوقف . وفيما عدا هذا البعض من القواعد تسرى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للراجع مع منذهب أبي حنيفة : أما المؤسسات الخاصة (١) . فقد رأينا أن تنظيمها قد مر بذات المراحل التي مر بها تنظيم الجمعيات حتى أصبحت الآن خاضعة لأحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة .

ونتناول هذين النوعين فيما يلي :

(١) الأوقاف

٣٨١ - التعريف بالوقف وشخصية الاعتبارية :

الوقف ، كما يعرفه جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، هو حبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس ، وجعلها على حكم ملك الله تعالى ، والتصديق بريعتها

(١) نبيذ لنا عما تقدم أن وصف هذه المؤسسات بأنها خاصة إنما أريد به التمييز بينها وبين المؤسسات العامة التي تتبر من أشخاص القانون العام . انظر فيما تقدم فقرة ٣٦١ .

على جهة من جهات الخير في الحال أو في المال . وقد اصطلح في مصر على تسمية الوقف الذي يجري التصديق بريمه على جهة من جهات الخير في الحال بالوقف الخيري . واصطلح على تسمية النوع الآخر بالوقف الأهلي ، وهو الذي يكون الاستحقاق فيه أولا لأشخاص معينين أو قابلين للتعين كالواقف وذريته ، ومن يعلم جهة من جهات الخير ٥

وقد ألغى الوقف على غير الخيرات ، وهو المعروف بالوقف الأهلي ، بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٧ . وبذلك لم يعد جائزا سوى الوقف الخيري بالمعنى الذي ذكرناه .

والوقف يقترب من المؤسسة الخاصة باعتباره مثلها مجموعة من الأموال وله غرض من أغراض البر : ولكنه مع ذلك له قواعده الخاصة التي تجعله يختلف عن المؤسسة كما قلنا . ولذلك نصت المادة ٨٢ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة على أنه « لا تسرى الأحكام الخاصة بالمؤسسات الواردة في هذا القانون على ما أنشئ منها بطريق الوقف » ٥

والوقف تصرف انفرادي يتم بإرادة واحدة هي إرادة الواقف (م ٩ من قانون الوقف) . وللاوقاف أن يرجع في وقفه كله أو بعضه، ولكن لا يجوز له ذلك في وقف المسجد ولا فيها وقف عليه (م ١١ من قانون الوقف) ٥

وتثبت الشخصية الاعتبارية للوقف بمجرد نشوئه : وهو ينشأ إذا صدر به إشهاد ممن يملكه لدى إحدى محاكم الأحوال الشخصية وضبط بدفع المحكمة (المادة الأولى من قانون الوقف) . ويلاحظ أنه إذا كان المال الموقوف عقارا فيجب تسجيل الإشهاد في سجلات الشهر العقاري وفقا للمادة ٩ من قانون الشهر العقاري ، لأنه بدون ذلك لا تزول ملكية الواقف لما وقفه .

وتنتهى الشخصية الاعتبارية للوقف بانتهائه . وهو ينتهى بانتهاء المدة المعينة أو بانقراض الموقوف عليهم (م ١٦ من قانون الوقف) . كما ينتهى بقرار مع المحكمة إذا تخربت أعيانه ولم تمكن همارتها أو الاستبدال بها (م ١٨ من قانون الوقف) .

(٢) المؤسسات الخاصة

٣٨٢ - تعريف بالمؤسسة الخاصة :

المؤسسة الخاصة ، وفقا للمادة ٦٩ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة ، شخص اعتبارى « ينشأ بتخصيص مال لمدة غير معينة لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية . أو النفع العام ، دون قصد إلى ربح مادى » .

ويتضح من هذا التعريف أن المؤسسة الخاصة تتميز بالخصائص الثلاث الآتية :

(١) تقوم المؤسسة على مال يرصد لتحقيق الغرض المقصود . وهى تنفق فى هذا مع الوقف ، ولكنها تختلف عن الشركة وعن الجمعية ، إذ أن كلا من هاتين عبارة عن جماعة من الأشخاص . ف سواء كان الذى أنشأ المؤسسة شخصا واحدا أو عدة أشخاص ، فإن مه ينشئ " المؤسسة لا يكون عضوا فيها ، بل ينتهى دوره بتخصيص المال لتحقيق الغرض المقصود .

(٢) يكون الهدف من المؤسسة تحقيق غرض من أغراض البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون قصد إلى ربح مادى : وهذا تتميز المؤسسة عن الشركة . وهى تنفق مع الجمعية فى أن غرضها ليس هو الربح المادى ، ولكنها يختلفان مع ذلك فى أن الغرض من المؤسسة يجب أن يكون عاما ، بينما يصبح أن يكون الغرض من الجمعية تحقيق مصلحة عامة أو مصلحة خاصة للأعضاء : كما تقترب من الوقف الخيري ، وهو الذى يجوز إنشاؤه الآن ، فى أن الهدف منها قد يكون تحقيق غرض من أغراض البر ، ولكنها يختلفان فى أن الأغراض التى يصح أن يقصد إليها من المؤسسة تتجاوز غرض الوقف ، فقد يكون الغرض المقصود من المؤسسة عملا من أعمال النفع العام الذى لا ينطوى على معنى البر :

(٣) تنشأ المؤسسة لمدة غير معينة ، فلا يجوز توقيفها بأجل معلوم : وهى فى هذا تختلف عن الوقف وعن الجمعية ، إذ يجوز أن يكون كل منهما لمدة معينة ؛

٣٨٣ - إنشاء المؤسسة :

قد ينشئ المؤسسة شخص واحد ، وقد ينشئها أكثر من شخص ، وهي في الحالين تنشأ بإرادة من ينشئها دون حاجة إلى قبول من جهة أخرى : ويتم هذا الإنشاء بسند رسمي أو بوصية ، بحيث يتضمن أى منهما تخصيص المال للعمل المقصود ، كإقامة مستشفى أو ملجأ : وقد نصت المادة ٧٠ فقرة أولى في هذا الصدد على أنه « يكون تخصيص المال لإنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية » : فإذا أريد إنشاء المؤسسة بحال حياة منشئها كان ذلك بمقتضى سند رسمي ، أى سند يتولى تخريبه موثق طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه . وإذا أريد إنشاء المؤسسة بعد وفاة منشئها كان ذلك بموجب وصية ، ولا تشترط الرسمية في هذه الوصية :

ويعتبر السند الرسمي أو الوصية دستوراً للمؤسسة ، ويجب أن يشتمل على البيانات الآتية :

- ١ - اسم المؤسسة وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافي ومركز إدارتها على أن يكون هذا المركز في الجمهورية العربية المتحدة :
 - ٢ - الغرض الذي أنشئت المؤسسة لتحقيقه .
 - ٣ - بيان الأموال المخصصة لهذا الغرض .
 - ٤ - نظام إدارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها :
- كما يجب أن يشتمل على البيانات الأخرى التي يصدر بتعيينها قرار من الجهة الإدارية المختصة (م ٧٠/٢ و ٣) :

ويعتبر إنشاء المؤسسة تصرفاً من قبيل التبرعات (١) ، ولذلك يجب أن يكون المنشئ

(١) نصت المادة ٧١ في هذا الصدد على أنه « يعتبر إنشاء المؤسسة بالنسبة إلى دائمي المنفعة وورثته بمثابة تبرع أو وصية . فإذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضراراً بحقوقهم جاز لهم مباشرة الدعوى التي يقررونها القانون في مثل هذه الحالة بالنسبة إلى المبدأ والوصايا » . ويلاحظ على هذا التصريح إيجاب إنشاء المؤسسة بمثابة تبرع غير دقيق ، إذ أن الجهة حقة يتم بين طرفين بإيجاب وقبول ، بينما يتم إنشاء المؤسسة بإرادة المنشيء وحده دون قبول من جهة أخرى كما قلنا . ولهذا كان الأفضل أن يقال إن إنشاء المؤسسة يعتبر عملاً من أعمال التبرع .

أهلا للتبرع أو الإيصاء . وإذا أنشئت المؤسسة بسند رسمي جاز للدائن المتشكي أن يطعنوا في التصرف بالدعوة البولصية وفقا للقواعد المقررة للطنن في التبرعات (م ٢٣٨ / ٢ مدني) . وإذا كان إنشاء المؤسسة بطريق الوصية فلا تنفذ الوصية في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة إلا باجازتهم (م ٣٧ من قانون الوصية) . وكذلك يكون الحكم إذا أنشئت المؤسسة بسند رسمي أثناء مرض الموت ، حيث يعتبر إنشاء المؤسسة في هذه الحالة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية (م ٩١٦ مدني) .

وبمقتضى المادة ٧٢ ، إذا كان إنشاء المؤسسة بسند رسمي جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمي آخر ، وذلك إلى أن يتم شهرها . فالمدول في هذه الحالة جائز بشرطين : الأول أن يكون هذا المدول بموجب سند رسمي . والثاني أن يقع هذا المدول قبل أن يتم شهر المؤسسة ، فإذا تم الشهر فلا يجوز المدول بعد ذلك . أما إذا كان إنشاء المؤسسة بطريق الوصية فإنه ، وفقا للقواعد المقررة في شأن الوصية ، تعتبر الوصية تصرفا غير لازم في حق الموصي ، بمعنى أن الموصي يجوز له أن يصر عليها أو يرجع عنها حال حياته (م ١٨ من قانون الوصية) ، فهي لا تفتح أثرها إلا إذا مات الموصي مصرا عليها :

٣٨٤ - ثبوت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة :

تفصي المادة ٧٣ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة بأنه ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة إلا إذا شهر نظامها طبقا لأحكام هذا القانون ، وهذا هو الحكم ذاته الذي كان ينص عليه القانون السابق الصادر في سنة ١٩٥٦ في المادة ٩١ منه . وبذلك فإن إنشاء المؤسسة بتحرير السند الرسمي ، أو بإبرام الوصية وموت الموصي مصرا عليها ، لا يكفي لثبوت الشخصية لها ، بل يجب فوق ذلك أن يتم شهر نظامها . وفي هذا تنفق المؤسسة مع الجمعية كما سبق أن بينا (١) . وعليه فقبل إجراء الشهر لا تسرى في حق المؤسسة النتائج القانونية التي تترتب على ثبوت الشخصية .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧٠ .

ويتم شهر المؤسسة بناء على طلب منشأها أو أول مدير لها أو الجهة الإدارية المختصة بالإشراف عليها طبقاً للإجراءات المقررة لشهر الجمعيات (م ٧٤) .

على أن الشارع قد خول الإدارة سلطة الاعتراض على إنشاء المؤسسة في الأحوال التي يوجد فيها مبرر يدعو إلى هذا الاعتراض . فبمقتضى المادة ٧٥ ، يكون للجهة الإدارية المختصة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص الاعتراض على إنشاء المؤسسات ، وتنظم اللائحة التنفيذية أحوال هذا الاعتراض : وقد كان هذا الحكم مقررًا كذلك بمقتضى القانون السابق في المادة ٦٣ منه . وبموجبه تستطيع الإدارة أن تقلل مدى الحاجة إلى إنشاء المؤسسة على نحو ما رأينا بالنسبة إلى الجمعية . وهو بهذه المثابة يعتبر قيداً هير مباشراً على ثبوت الشخصية للمؤسسة الخاصة بمقتضى الاعتراف العام كما ذكرنا فيما تقدم (١) .

٣٨٥ - أهلية وجوب المؤسسة :

يحد من أهلية الوجوب لدى المؤسسة ما يحد منها لدى الشخص الاعتباري بوجه عام : فلا تثبت لها وعليها الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الإنسان الطبيعية ، وإنما تثبت فحسب تلك الحقوق والالتزامات التي تسمح بها طبيعتها . ولا تثبت لها وعليها من الحقوق والالتزامات إلا ما يكون لازماً لتحقيق الغرض الذي وجدت من أجله طبقاً لمبدأ التخصص .

وفضلاً عن هذه القيود العامة التي تحد من أهلية وجوب المؤسسة كما هو الشأن بالنسبة إلى غيرها من الأشخاص الاعتبارية ، خص الشارع المؤسسة بقيد لا ينطبق على غيرها من هذه الأشخاص ، حيث نصت المادة ٧٨ على أنه : « لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا أو الهبات إلا بإذن من الجهة الإدارية المختصة » .

ولكن الشارع لم يقيد أهلية وجوب المؤسسة بما تقتضيه أهلية وجوب الجمعية من تلك المقارنات أو كسب حقوق أخرى عليها إلا بالقدر الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله مالم تحصل على إذن بذلك من الجهة الإدارية المختصة (٢) . فيجوز

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٥١ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧١ .

للمؤسسة أن تمتلك العقارات أو تكسب حقوقاً أخرى عليها ولو جاوزت في ذلك هذا القدر الضروري .

٣٨٦ - إدارة المؤسسة ومردود نشاطها :

رأينا أن دستور المؤسسة ، وهو السند الرسمي أو الوصية ، يجب أن يشتمل على نظام إدارة المؤسسة بما في ذلك اسم مديرها (م ٢٧٠ د) . ويجوز لمنشئ المؤسسة أن يجعل نفسه مديراً لها ، وفي هذه الحالة يجب عليه أن يتقيد بنظام الإدارة الذي نص عليه دستور المؤسسة ، حيث يسرى عليه ما يسرى على أي مدير آخر من أحكام . ويتولى مدير المؤسسة إدارتها ويمثلها فيها لها من حقوق وما عليها من واجبات (م ٧٦) .

وإذا كان مبدأ التخصص يحد من أهلية وجوب المؤسسة ، فإنه تبعاً لذلك يحد أيضاً من نشاطها ، حيث ينحصر هذا النشاط في الحدود التي يقتضيها غرض المؤسسة ، ولذلك يسرى عليها ما يسرى على الجمعية من علم جواز الدخول في مضاربات مالية (م ٢٠ و ٨١) :

وفضلاً عن هذا القيد العام الذي يحد من نشاط المؤسسة كما هو الشأن بالنسبة إلى غيرها من الأشخاص الاعتبارية ، وضع الشارع قيوداً خاصة على نشاط المؤسسة ، منها ما تشترك فيه مع الجمعية ، ومنها ما تستقل به .

فهناك قيود على النشاط تشترك فيها المؤسسة الخاصة مع الجمعية . حيث نصت المادة ٨١ على أنه « يسرى على المؤسسات بأنواعها من حيث إدامتها وإنشاء فروع لها وتعيين مدير مؤقت لإدارتها ووقف تنفيذ قراراتها وحلها وتصفيتها وجواز تحويلها إلى مؤسسة ذات صفة عامة ما يسرى على الجمعيات في هذا الشأن من أحكام ، ويسرى عليها الحظر المنصوص عليه في المادتين ٢٠ و ٢٣ من هذا القانون بالنسبة إلى الجمعيات » . وبمقتضى هذا النص وغيره من النصوص المشار إليها ينحصر نشاط المؤسسة للقيود الآتية :

١ - لا يجوز للمؤسسة أن تنصب أو تشترك أو تنضم إلى جمعية أو هيئة أو ناد خارج الجمهورية العربية المتحدة ، كما لا يجوز لها أن تحصل على أموال من شخص أجنبي أو جهة أجنبية ، ولا أن ترسل شيئا من ذلك إلى الخارج ، إلا بعد الرجوع إلى الجهة الإدارية المختصة . وذلك على التفصيل الذي ذكرناه فيما تقدم بالنسبة إلى الجمعية (م ٢٣ و ٨١) .

٢ - لا يجوز للمؤسسة بغير موافقة الجهة الإدارية المختصة أن تبشر نشاطها خارج نطاق المحافظة التي بها مقرها الرئيسي إلا عن طريق فروع لها . وذلك وفقا لما ذكرناه في مخصوص الجمعية (م ٢٦ و ٨١) :

٣ - لا يجوز للمؤسسة أن تخصص مكانا لإيواء المحتاجين إلى الرعاية الاجتماعية إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الجهة الإدارية المختصة : وذلك على التفصيل الذي رأيناه بالنسبة إلى الجمعية (م ٦٧ و ٦٨) .

٤ - للجهة الإدارية المختصة أن تقرر إدماج أكثر من مؤسسة تعمل لتحقيق غرض مماثل على النحو الذي ذكرناه بالنسبة إلى الجمعية (م ٢٩ و ٣٠ و ٨١) .

وهناك قيود على النشاط تستقل بها المؤسسة . حيث يجوز للجهة الإدارية المختصة أن تعدل نظام المؤسسة بما يحقق الغرض من إنشائها (م ٧٥) ، كما يجوز لها أن تخفف أو تلغي كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة في سند إنشاء المؤسسة إذا كان ذلك لازما للمحافظة على أموالها أو لتحقيق الغرض من إنشائها (م ٧٩) .

٣٨٧ - الرقابة على نشاط المؤسسة :

حول الشارع الإدارة رقابة شاملة على نشاط المؤسسة وبذات الدرجة التي رأيناها بالنسبة إلى نشاط الجمعية . فعمل القضاء في هذا الخصوص ، كما قدمنا ، إنما يقتصر على الحكم بالعقوبات المقررة على الأشخاص الذين يرتكبون المخالفات المنصوص عليها ، وكذلك الحكم بالتعويض على مدير المؤسسة وأعضاء مجلس الإدارة .

ومنى ثم تتكلم فى الرقابة الإدارية ، ثم فى الجزاءات :

(١) الرقابة الإدارية : خول الشارع الجهة الإدارية المختصة حق الرقابة على نشاط المؤسسة ، وتنظم اللائحة التنفيذية أحكام هذه الرقابة (م ٧٥) :

ولكنالة تحقيق هذه الرقابة أوجب الشارع اتخاذ إجراءات معينة ، وخول الجهة الإدارية المختصة سلطة إصدار القرارات اللازمة لمواجهة مايقع من مخالفات .

فهناك إجراءات يجب أن تتخذ فىا يتعلق بحسابات المؤسسة المالية . حيث يجب على مدير المؤسسة أن يوافى الجهة الإدارية المختصة بميزانية المؤسسة وحسابها السنوى مع المستندات المؤيدة لها ، كما يجب عليه أن يقدم أية معلومات أو بيانات أو مستندات أخرى طلبها هذه الجهة (م ٧٧) :

وبالإضافة إلى هذه الإجراءات فإن للجهة الإدارية المختصة سلطة إصدار القرارات اللازمة لمواجهة مايقع من مخالفات :

١ - فلوزير الشؤون الاجتماعية أن يعين مديرا أو مجلس إدارة مؤقت للمؤسسة وفقا لما ذكرناه بالنسبة إلى الجمعية (م ٢٨ و ٣٠ و ٨١) .

٢ - وللجهة الإدارية المختصة عزل المديرين الذين يثبت إهمالهم فى إدارة المؤسسة أو عدم تنفيذ ما فرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة أو الذين يستعملون أموال المؤسسة فيها لايتفق مع أغراضها أو قصد منشأها أو الذين يرتكبون أى خطأ جسيم آخر أو لاعتبارات قومية ، وتعين من يحل محلهم فى إدارتها (م ٧٩) .

٣ - وعلى مدير المؤسسة أو مجلس إدارتها إخطار الجهة الإدارية المختصة بكل تصرف مالى يجرىه خلال أسبوع من تاريخ إجرائه ، ولهذه الجهة أن تعرض على هذا التصرف خلال شهر من تاريخ إخطارها به ، فإذا لم تعرض خلال تلك المدة اعتبر التصرف نافذا (م ٨٠) :

٤ - وللجهة الإدارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الأجهزة القائمة على شئون المؤسسة وفقا لما بيناه فى خصوص الجمعية (م ٣٣ و ٨١) :

(٢) المزمع : يسرى على المؤسسة الخاصة كل مذكراته عن هذه الجزاءات بالنسبة إلى الجمعية (١) .

٣٨٨ - اقتضاء المؤسسة وتصفيتها :

تقتضى المؤسسة الحل . وهذا الحل لا يكون إلّا إجباريا : حيث تختلف المؤسسة في هذا عن الجمعية : فهذه الأخيرة قد يكون حلها اختياريا بقرار يصدر من أعضاء الجمعية العمومية كما رأينا ، بينما لا يتصور مثل هذا الحل بالنسبة إلى المؤسسة لأنها عبارة عن مال يرصد لغرض معين ، فلا تتكون من أعضاء يمكن أن يصدر منهم قرار بهذا الحل .

وقد نصت المادة ٨١ على أنه يسرى على المؤسسة ، فيما يتعلق بحلها وتصفيتها ، ما يسرى على الجمعية . وعليه فإن حل المؤسسة ، وهو حل إجباري كما قلنا ، يكون بقرار يصدر من الجهة الإدارية ، وهي وزير الشؤون الاجتماعية ، بعد أخذ رأى الاتحاد المختص . حيث يقع هذا الحل كما تم التصفية وفقا للأحكام التى بينها فيما تقدم بالنسبة إلى الجمعية (م ٥٧ - ٦٢) (٢) .

٣٨٩ - المؤسسات الخاصة ذات الصلة العامة والاعتمادات وعقود الاعانة :

بمقتضى المادة ٨١ ، يسرى على المؤسسة الخاصة ما يسرى على الجمعية فيما يتعلق يجوز تحويلها إلى مؤسسة ذات صفة عامة وفقا لما فصلناه فيما تقدم (٣) .

ويصدق على المؤسسة الخاصة كذلك ما عرضناه فيما تقدم عن الاتحادات وصنلوق الإعانة ، وهذا واضح من سياق النصوص التى أوردناها في هذا الشأن (٤) .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧٤ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧٥ و ٣٧٦ .

(٣) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧٧ .

(٤) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧٨ و ٣٧٩ .

الفصل الثاني

عمل الحق

٣٩٠ - الأعمال والأشياء :

عرفنا أن جوهر الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون : وهذه القيمة هي عمل الحق . ورأينا أن ثبوت قيمة معينة للشخص مقتضاه أن يكون لهذا الشخص من السلطات ما يمكنه من الحصول على المزايا التي ترجى من هذه القيمة (١) : وهذه السلطات هي مضمون الحق . وبذلك يبلو التمييز واضحا بين هذين الأمرين ؛ فعمل الحق objet du droit^١ هو القيمة التي تثبت لصاحب الحق ؛ أما مضمون الحق le contenu du droit فهو السلطات التي يمكن لصاحب الحق أن يمارسها بالنسبة إلى هذه القيمة . فحق الملكية مثلا محله الشيء المادى الذى يرد عليه الحق ، أما مضمونه فهو ما يكون للمالك أن يقوم به من استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه :

وعمل الحق إما أن يكون عملا أو شيئا . والشيء قد يكون ماديا أو معنويا ؛ وستفهم كلامنا في هذا المقام على الحقوق المالية ، وهى التى يمكنه تقوم عمل الحق فيها بالنقد . فإذا كان الحق المالى حقا شخصيا كان محله عملا يقوم به المدين ، وإذا كان الحق عينيا كان محله شيئا ماديا ، وإذا كان الحق معنويا كان محله شيئا معنويا :

ومع ذلك فقد يؤدي الحق الشخصى في كثير من الأحيان إلى حق عينى ، أى إلى حصول الدائن على شيء ، كما في التزام البائع بتقل ملكية المبيع وهو التزام باعطاء شيء . كما أن العمل الذى يقوم به المدين في الصور الأخرى للحق الشخصى يمكن تفرعيه بالنقد وهى أشياء . ولهذا يمكن أن يقال إنه إذا كان العمل هو المحل المباشر للحق الشخصى ، فإن الشيء يعتبر المحل غير المباشر لهذا الحق :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢١١ .

وسنوق كلمة موجزة عن الأعمال التي يمكن أن تكون عملا للحقوق الشخصية ،
ثم نتكلم بعد ذلك في الأشياء :

الفرد الأول الأعمال

٣٩١ - شروط العمل الذي يصلح كعمل للمدني الشخصي :

رأينا فيما تقدم أن عمل الحق الشخصي يكون دائما عملا يجب على المدني أن يقوم به . وهذا العمل قد يكون إعطاء شيء ، أو يكون عملا إيجابيا غير الإعطاء ، أو يكون امتناعا عن عمل . فهو في جميع صورته عمل إيجابي أو سلبي يلتزم به المدني (١) .

ويجب أن تتوفر في هذا العمل ، أيا كانت صورته ، شروط معينة كي يصاحبه عملا للحق الشخصي . ويلاحظ هنا أن أهمية دراسة عمل الحق الشخصي من هذه الناحية لا تظهر إلا بالنسبة إلى الالتزام الإداري ، وهو الذي ينشئه العقد أو تنشئه الإرادة المنفردة . ذلك لأن الالتزامات التي تنشأ عن مصادر غير إرادية يحدد محلها القانون ، وهو غالبا دفع مبلغ من النقود : أما الالتزام الإداري فتحدد محله الإرادة ، ولهذا وجب أن تبين الشروط الواجب توافرها في هذا المحل (٢) . وهذه الشروط هي أن يكون العمل ممكنا ، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وأن يكون مشروعا .

(١) شرط الإمكانية : يجب في العمل الذي يلتزم المدني في الحق الشخصي بالقيام به أن يكون ممكنا ، فإذا كان العمل مستحيلا فلا ينشأ الالتزام . والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهي التي تجعل العمل مستحيلا في ذاته ، فهي لا تقوم بالنسبة إلى المدني فحسب ، بل تقوم بالنسبة إلى جميع الناس . كما لو باع شخص شيئا تبين أنه هلك قبل العقد ، أو تعهد بجماع برفع استئناف عن حكم انتزع أن ميعاد استئنافه قد انقضى :

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٢٢٣ .

(٣) راجع في هذا الخصوص كتابنا في مصادر الالتزام فقرة ١٩٨ وما بعدها .

أما الاستحالة النسبية ، وهى التى تقوم بالنسبة إلى المدين وقد لا تقوم بالنسبة إلى غيره ، فلا تمنع من نشوء الالتزام كما لو تعهد المدين بالقيام بعمل ليس فى استطاعته أن يقوم به ، وقد يستطيع غيره ذلك ، بأن تعهد مثلا بأن يرسم لوحة فنية وهو يجهل الرسم . ويصح أن يكون العمل الذى يلتزم به المدين هو إعطاء شئ موجود فى المستقبل ، إذ أن عدم وجود هذا الشئ وقت نشوء الالتزام ليس من شأنه أن يبنى إمكان ذلك العمل مادام أن الشئ سيوجد فى المستقبل . كما فى بيع محصول قبل أن ينضج ، أو بيع مصنوعات لم يتم صنعها بعد . وذلك فيما عدا الحالات التى يحرم فيها الشارع التعامل فى الشئ المستقبل ، كما هى الحال بالنسبة إلى الحركة المستقبلية (م ١٣١ / ٢ مدنى) وهبة المال المستقبل (م ٤٩٢ مدنى) ورهن المال المستقبل (م ١٠٣٣ / ٢ مدنى) .

(٢) شرط التعيين : يجب أن يكون العمل الذى يلتزم به المدين معينا أو قابلا للتعيين : فإذا لم يكن العمل معينا فيكفى أن تتوفر العناصر اللازمة للتوضيح بهذا التعيين . فإذا تعهد مفاوض بإقامة بناء وجب تعيين هذا البناء بذكر مواصفاته ، فإذا لم تذكر هذه المواصفات فيكفى أن يشتمل العقد على العناصر التى تجعل البناء قابلا للتعيين ، كما فى حالة الاتفاق على إقامة مستشفى يتسع لعدد معين من الأسرة ، فإذا لم تذكر تلك المواصفات ولم تتوفر مثل هذه العناصر فلا ينشأ الالتزام ولا يتحدد العقد :

وإذا كان العمل هو إعطاء شئ وجب أن يكون الشئ معينا أو قابلا للتعيين . فإن كان الشئ قيمياً وجب أن يعين بذاته ، كالأرض تذكر مساحتها وموقعها وحدودها . وإن كان الشئ مثليا وجب أن يعين بنوعه ومقداره ، كالكقطر يذكر أنه من نوع السكلاويدس وأن مقداره خمسون قطارا . ويكفى أن يعين هذا الشئ بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية من نوع معين لمستشفى أو مدرسة ، إذ يتحدد المقدار وفقا لحاجة المستشفى أو المدرسة : فإذا لم يتيسر استخلاص المقدار من ظروف العقد فلا ينشأ الالتزام ولا يتحدد العقد .

(٣) شرط المشروعية : يجب فى العمل الذى يلتزم به المدين أن يكون مشروعا ، بمعنى ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب . فإن كان العمل متطوبا على هذه المعايير

ولا ينشأ الالتزام . كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة معينة ، أو بيع كمية من المخدرات ، أو بدفع مبلغ من المال مقابل إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة .

الفرع الثاني الأشياء

٣٩٢ - التمييز بين الشيء والمال :

المقصود بالشيء هو كل ماله كيان مستقل عن الأشخاص ، سواء كان شيئاً مادياً كالأرض والبناء والحيوان ، أو كان شيئاً معنوياً كأفكار المؤلفين .
ويجب التمييز بين الشيء والمال : فالمال هو الحق المالى ، حينما كان هذا الحق أم شخصياً أم معنوياً . أما الشيء الذى ترد عليه طائفة من الحقوق المالية فهو محل الحق المالى ، فقد رأينا أن الحق العيني محل شيء مادى وأن الحق المعنوى محل شيء معنوى . ولذلك يجب تلاقى الخلط الشائع بين الشيء والمال ، إذ كثيراً ما يطلق لفظ المال على الشيء ، وفى هذا خلط بين الحق ومحل . فإذا قام على الشيء حق كان هناك مال ، وإذا لم يقم على شيء حق لشخص ما ، بأن كان شيئاً مباحاً ، فليس هناك مال وإنما شيء فحسب . وقد ميز التقنين المدنى بين الشيء والمال ، حيث أورد فى الفصل الثالث من الباب التمهيدى تقسيماً للأشياء وآخر للأموال .
وسنعرض فيما يلى للأشياء التى تصلح محلاً للحق المالى ، ثم لتقسيماتها .

المبحث الأول

الأشياء التى تصلح محلاً للحق المالى

٣٩٣ - الشيء الذى يصح التعامل فيه :

نصت المادة ٨١ من التقنين المدنى فى هذا الصدد على ماأتى : ١ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصبح أن يكون محلاً للحقوق المالية .

٢ - والأشياء التي تخرج من التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بمجازتها ، وأما الخارجية بحكم القانون فهي التي لا يميز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية ، ويتضح من هذا النص أن هناك نوعين من الأشياء لا يصبح أن تكون محلا للحقوق المالية ، وهي الأشياء الخارجية عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون :

(١) فالأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها : هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بمجازتها : أي الأشياء المشتركة التي يمكن لجميع الناس أن ينتفعوا بها دون أن يؤثر انتفاع أحدهم على انتفاع الآخر ، فلا يمكن لأحد أن يستأثر بها دون غيره من الناس ، كاشعة الشمس والهواء وماء البحر : فهذه أشياء لا تسمح بطبيعتها بأن تكون محلا لحق خاص : والمقصود بداهة هو عدم القابلية للتعامل في مجموع الشيء ، أي في أشعة الشمس جميعها والهواء جميعه وماء البحر كله ، إذ أن الشيء بهذا الوضع لا يمكن لأحد أن يستأثر به : أما الاستيلاء على مقدار محدود من هذا الشيء فهو أمر ممكن ، وفي هذه الحالة يصبح أن يكون هذا المقدار المحدود محلا لحق مالي . فأشعة الشمس قد يحصر بعضها في نطاق خاص ، والهواء قد يضغط بعض منه في حيز محدود ، وماء البحر قد يؤخذ جزء منه لغرض ما ، وفي هذه الحالات يصبح أن يكون بعض الأشعة أو الهواء أو الماء محلا لحق مالي .

(٢) والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانونه : هي التي لا يميز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية في نطاق معين ، ويتحقق ذلك في حالتين :

الأولى ، حين يخرج الشيء عن التعامل مراعاة للغرض الذي خصص له هذا الشيء .

ويكون ذلك إذا دخل الشيء في نطاق ما يسمى بالأموال العامة : وهي الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص (م ٨٧ / ١ مدني) : فهذه الأشياء لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (م ٨٧ / ٢ مدني) مادامت مخصصة للمنفعة العامة : ومقتضى هذا أن تلك الأشياء لا تصلح محلا لحقوق الأفراد إلا إذا كانت

هذه الحقوق لا تتعارض مع التخصيص للمنفعة العامة : ومن أمثلة هذه الحقوق التي يجوز تقريرها للأفراد على الأموال العامة ما نصت عليه المادة ١٠١٥ من التقنين المدني من أنه يجوز أن يترتب حق الارتفاق على مال عام إذا كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي يخصص له هذا المال. وتفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة ، وذلك بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص ، أو بالفعل ، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة (م ٨٨ مدنى) . فإذا تم ذلك أصبحت هذه الأشياء صالحة لأن تكون محلا للحقوق المالية بصفة عامة .

كما يكون ذلك بالنسبة إلى أموال الأوقاف الخيرية : فهذه لا يجوز التصرف فيها إلا في حالة استبدال غيرها بها ، كما لا يجوز تملكها أو كسب حق عيني آخر عليها بالتقادم (م ٩٧٠/٢ مدنى) .

والثانية ، حين يخرج الشيء عن التعامل لكونه من الأشياء المحرمة التي يرى الشارع أن التعامل فيها يخل بالنظام العام ، كالمخدرات . فهذه لا تكون قابلة للتعامل إلا في حالات محدودة ، كأن تستعمل المخدرات لأغراض طبية .

المبحث الثانى

تقسيمات الأشياء

٣٩٤ - تقسيمات عامة :

هناك تقسيمات عدة للأشياء ، عرض التقنين المدني لأهمها ، وهى تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، وإلى أشياء قابلة وأشياء غير قابلة للاستهلاك ، وإلى أشياء ماثلية وأشياء قيمية (١) :

(١) وهناك تقسيم للأشياء يضيفه الفقه ، وهو تقسيمها إلى أشياء مادية وأشياء معنوية . فالأشياء المادية هى التى لها وجود مادي يدرك باللمس ، كالأراضي والمنازل والسيارات والآلات . أما الأشياء المعنوية فلها كيان معنوي لا يدرك إلا بالفكر ، كالفكر المؤلفين والمخترمين . وكذلك مجموعات الأشياء التى ينتظر إلى الواحدة منها كمجموعة مستقلة من العناصر المكونة لها ، فهذه تعتبر من قبيل الأشياء المعنوية التى تصلح

وتقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات تقسم شامل لكل الأشياء ، المادى منها والمعنوى ، إذ أن الأشياء المعنوية تعتبر جميعها من قبيل المنقولات كما سنرى . أما التفسير الآخران فيتناولان الأشياء المادية فحسب :
وستلخص هذه التفسيرات الثلاثة :

المطلب الأول

العقارات والمنقولات

٣٩٥ - تحسيم لمؤشياء وللمؤموال :

يعتبر تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات أهم تقسيم لما فى القانون لاختلاف الأحكام بالنسبة إلى العقارات عنها بالنسبة إلى المنقولات اختلافا كبيرا .
وكما تنقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، فكذلك الأموال تنقسم إلى أموال عقارية وأموال منقولة . وإذا كنا هنا بصدد تقسيم الأشياء فحسب ، إلا أننا مع ذلك سنتناول تقسيم الأموال إلى أموال عقارية وأموال منقولة لارتباطه بهذا النوع من التقسيم بالنسبة إلى الأشياء ولأنه التقسيم الوحيد للأموال الذى نص عليه التقنين المدنى :

أولا : الأشياء العقارية والأشياء المنقولة

٣٩٦ - أساس التفرقة بين العقارات والمنقولات :

تقوم هذه التفرقة أصلا على أساس طبيعى هو ثبات الشيء أو عدم ثباته : فالأشياء الثابتة عقارات ، والأشياء القابلة للحركة منقولات .

وللى جانب هذا الأساس الطبيعى وجد اعتبار اقتصادى من قديم ، حيث كانت تعتبر الأرض فى الماضى هى عماد الثروة ، وبالتالي كانت تعتبر العقارات هى الأشياء ذات القيمة ، أما المنقولات فكانت تعد أشياء تافهة . وقد أخذ هذا الاعتبار يقل شأنه

— بهذا الوصف لأن تكون محل مال . ونظما البارز هو المحل التجارى ، حيث ينظر إليه فى مجموعه باعتباره شيئا مبنويا له كيانه الذى المستقل عن العناصر المكونة له ، سواء كانت هذه العناصر مادية كالبضائع واللمعات ، أو معنوية كالاسم التجارى والسمعة والمخ فى الإيجار .

في الوقت الحاضر إلى حد كبير بعد أن تطورت الحياة الاقتصادية حتى أصبحت القيم المنقولة من أهم عناصر الثروة .

(١) العقارات

٣٩٧ - القاعمة والاستثناء :

الأصل أن يعتبر الشيء عقارا بحسب طبيعته ، أى على أساس كونه شيئا ثابتا لا يمكن نقله دون تلف . غير أنه استثناء من ذلك قد يعتبر الشيء عقارا ، لا بحسب طبيعته ، بل بحسب تخصيصه ، فهو متقول يخصص لخدمة العقار أو استغلاله : فهناك إذا عقار بالطبيعة ، وعقار بالتخصيص :

٣٩٨ - العقار بالطبيعة :

العقار بالطبيعة *immeuble par nature* هو ، كما عرفته المادة ٨٢ فقرة أول من التقنين المدني ، وكل شيء مستقر بجزءه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف . فهو يشمل الأراضي أيا كان نوعها . وكذلك ما في جوفها من مناجم ومخارج . أما الأربة التي تنزع منها ، والمعادن التي تستخرج من المناجم ، والأحجار التي تقطع من المخارج ، فمعتبر من قبيل المنقولات بمجرد فصلها عنها . ويشمل النباتات مادامت تمتد جذورها في الأرض : فإذا قطعت النباتات أصبحت منقولات .

ويشمل الأبنية المتصلة بالأرض اتصال قرار ، من مساكن ومعامل ومخازن وقناطر وغرانات وسلود وأفاق وغير ذلك . وكذلك جميع أجزاء البناء التي لا يتم إلّا بها ، كالأبواب والشبابيك والمصاعد .

وظاهر من تعريف العقار بالطبيعة أنه لا يكفي أن يكون ذا مستقر ثابت ، بل يجب كذلك أن يكون من غير الممكن نقله دون تلف . فالنباتات التي تمتد جذورها في الأرض ذاتها تكون عقارات بالطبيعة لأنه لا يمكن نقلها دون تلف ، أما التي تزرع في أوجه

فهى متقلات ، حتى لو دفنت هذه الأوعية فى الأرض ، لأنه مع ذلك يمكن نقلها دون تلف : والمباني تعتبر عقارات حتى لو كانت إقامتها مؤقتة ، كأبنية المعارض . أما الأكشاك التى يمكن حلها وإقامتها فى مكان آخر ، كأكشاك الاستحمام ، فلا تعتبر عقارات .

٣٩٩ - العقار بالتخصيص :

بعد أن نصت المادة ٨٢ من الصقنين المدنى فى فقرتها الأولى على القاعدة فيما يعتبر عقارا وما يعتبر متقولا ، أضافت فى فقرتها الثانية ما يأتى : « ومع ذلك يعتبر عقارا بالتخصيص ، المتقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه ، رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله » .

فالعقار بالتخصيص *immeuble par destination* هو شئ متقول بطبيعته ، ولكن ماله الحق بعقار له بأن خصصه لخدمة العقار أو استغلاله ، فأصبح تابعا لهذا العقار ، فاعتبره الشارع عقارا . فهو بذلك عقار حكما لا حقيقة :

وغرض الشارع من هذا الاقتراض القانونى الذى يخالف الحقيقة هو أن تسرى أحكام العقار على المتقول الذى رسد على خدمته أو استغلاله ، فلا ينفصل المتقول عن العقار رغم إرادة المالك ، بل يرتبط مصيره بمصير العقار ، وبذلك لا يتعطل الانتفاع بالعقار ، حيث تقتضى المصلحة العامة ضمان استغلال العقارات على خير وجه :

٤٠٠ - شروط اعتبار المتقول عقارا بالتخصيص :

يتضح من نص المادة ٨٢/٢ مدنى أنه يشترط لاعتبار المتقول عقارا بالتخصيص أن يوضع المتقول فى العقار رسدا على خدمته أو استغلاله ، وأن يكون المتقول والعقار مملوكين لشخص واحد ، وأن يكون التخصيص بواسطة المالك .

الشرط الأول : أنه يوضع المقول في العقار مصرًا على فترته أو استغفوره : حيث يجب أن توجد علاقة تخصيص على هذا التحويين منقول بطبيعته وعقار بطبيعته . وهذا هو شرط التخصيص الذي يجب أن يراعى فيه ما يأتي :

١ - فيجب أن يتحقق التخصيص فعلا : فالمقول الذي يصبح عقارا بالتخصيص هو الذي يكون قد ألحق فعلا بالعقار لخلته أو استغلاله ، بحيث تتضح علاقة التخصيص بينهما ، وذلك بأن يضع المالك المقول في العقار :

٢ - ويجب أن يكون التخصيص مستمرا . وليس معنى ذلك أن يكون التخصيص بصفة دائمة ، فصح أن يكون لفترة محدودة من الزمن . بل المقصود بالاستمرار ألا يكون التخصيص عرضياً ، بحيث يتوفر له طابع الثبات .

٣ - ويجب أن يكون التخصيص لفائدة العقار ، وليس لمصلحة المالك الشخصية . وهذا هو ما يبرر أنه بأن يكون التخصيص عينيا لاشخصيا : وإذا كان المالك هو الذي يفيد في النهاية من تخصيص المقول لفائدة العقار ، إلا أن عينية التخصيص مشروطة لارتباطها بالغاية من فكرة التخصيص ذاتها وهي توقي تعطيل الانتفاع بالعقار .

فالسيارة التي يركبها صاحب المصنع لا تعتبر عقارا بالتخصيص ، أما تلك التي تستعمل في نقل المصنوعات إلى العملاء فتعتبر عقارا بالتخصيص . والدابة التي يركبها صاحب الأرض لا تكون عقارا بالتخصيص ، أما التي تستخدم في فلاحه الأرض فتعتبر عقارا بالتخصيص .

وإذا كانت علاقة التخصيص على النحو المطلوب تبدو واضحة في تخصيص منقول للانتفاع بأرض زراعية ، فإنها قد لا تكون ظاهرة إذا ما خصص المقول للانتفاع ببناء ؛ ولذلك يشترط لاعتبار المقول مخصصا للانتفاع ببناء أن يكون هذا البناء قد أقيم للغرض المستخدم له أو أعد لهذا الغرض إعدادا خاصا . فالآلات التي يضعها العامل في مسكنه لاستعمالها في صناعات بسيطة لا تعتبر عقارات بالتخصيص ، لأن محل السكن ليس مصنعا . والفروشات التي توضع في غرف للإيجار لا تعتبر عقارات بالتخصيص

إلا إذا كان البناء الذى توجد فيه هذه الغرف قد أنشئ لى يكون فندقا أو اعد لهذا الغرض إحدادا خاصا .

٤ - ويجب أن يكون تخصيص المنقول لخدمة القار أو استغلاله : ويكون ذلك بالقدر الذى يتلاءم مع الخدمة أو الاستغلال : ويرجع فى تحديد هذا القدر إلى الغرف : ولكن لا يشترط أن يكون المنقول ضروريا للخدمة أو الاستغلال ، فيكفى أن يخصص لذلك ما دامت عملية الخدمة أو الاستغلال تستوعبه .

ويستوى أن يكون تخصيص خدمة القار أو لاستغلاله : فقد يكون تخصيص الخدمة ، كما هو الشأن بالنسبة إلى ما يوضع فى المدارس من مقاعد وأدوات وأجهزة للمعامل ، وما يوضع فى المستشفيات من أسرة ومقاعد وأجهزة طبية : وقد يكون التخصيص للاستغلال أيا كان نوعه ، كما هى الحال بالنسبة إلى المنقول الذى يخصص للاستغلال الزراعى كالآلات الزراعية والماشية التى توضع فى الأرض ، أو للاستغلال الصناعى كالآلات المصنع وعدده والمواد الأولية والعربات التى توضع فى المصنع ، أو للاستغلال التجارى كالمقاعد والآلات التى توضع فى المسارح ودور السينما ، أو للاستغلال المبنى كالمفروشات التى توضع فى المنازل المخصصة للإيجار .

الشرط الثانى : أنه يكون المنقول والعقار مملوكين لشخص واحد : والمحكمة فى هذا الشرط أن الغاية من فكرة التخصيص كما قلنا هى إخضاع المنقول لأحكام العقار بإلحاقه بالعقار فى التنفيذ عليه والتصرف فيه ، بحيث لا يتفصل المنقول عن العقار رغم إرادة المالك ، وهذه الغاية لا تتحقق إلا إذا كان مالك العقار هو مالك المنقول :

وعليه فالمنقولات المملوكة للمستأجر والتى تستخدم فى استغلال الأرض كالآلات الزراعية والماشية لا تعتبر عقارات بالتخصيص . وكذلك الحال بالنسبة إلى المنقولات التى يستخدمها مالك الأرض دون أن تكون مملوكة له ، كما لو كان قد استأجر هذه المنقولات أو استعارها ، أو كان قد اشتراها بعقد بيع اتفق فيه على تعليق انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن إذا كان الثمن لم يدفع كله بعد :

ويستوى لتوافر الشرط أن يكون مالك المتقول مالكاً للعقار ملكية مفرزة أو شائعة ، إذ هو في الحالين مالك للعقار بحيث تتحقق الغاية من فكرة التخصيص. فيعتبر عقارا بالتخصيص المتقول الذي يملكه شريك على الشيوع في ملكية عقار إذا رصده صاحبه على خلعمة العقار أو استغلاله .

الشرط الثالث : أنه يصدر التخصيص من المالك : والحكمة في هذا الشرط هي الغاية من فكرة التخصيص ، إذ أن تحقيق هذه الغاية يكون وهينا بإرادة المالك ، وهذا يقتضي أن يكون المالك هو الذي ألحق المتقول بالعقار ، سواء قام بذلك بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه .

فإذا استعار مستأجر الأرض من مالكيها متقولا مملوكا لهذا المالك وخصمه لاستغلال الأرض ، دون أن يكون ثابتا في ذلك عن المالك ، فلا يعتبر هذا المتقول عقارا بالتخصيص ، رغم أنه مملوك لصاحب الأرض :

٤٠١ - حكم العقار بالتخصيص :

إذا توفرت الشروط التي ذكرناها لاعتبار المتقول عقارا بالتخصيص ترتب على ذلك ما قصد إليه الشارع من مريان أحكام العقار على المتقول ، بحيث لا ينفصل المتقول عن العقار رغم إرادة المالك ، بل يرتبط مصيره بمصير العقار . ويتحقق ذلك بأن يظل المتقول ملحقا بالعقار عند التنفيذ عليه أو التصرف فيه .

وعليه يترتب على اعتبار المتقول عقارا بالتخصيص أنه لا يجوز الحجز عليه حجز متقول مستقلا عن العقار الذي ألحق به ، وأن التنفيذ على العقار يشمل حتى ولو لم يذكر ذلك في تنبيه نزع الملكية : ويشمله بيع العقار الأصلي ورهته (١) والوصية به ، دون حاجة إلى شرط خاص . ويكون في حالة القسمة من نصيب من حصل على العقار ،

(١) وقد نصت المادة ١٠٣٦ من القانون المدني على أن الرهن يشمل ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا ، ويشمل بوجه خاص ... المقارات بالتخصيص ، وإن كانت القائمة العامة في التخصيص تفتي من هذا النص .

الأصل ، حتى لو كانت القسمة بسبب وفاة المالك ، لأن التخصيص لا يزول بالوفاة ، ومن الواضح أنه ، رغم هذه النتائج ، يظل العقار بالتخصيص محفظا بذاتيته . ولذلك يعامل معاملة المنقول من وجوه أخرى . مع ذلك أنه يظل عملا بامتياز البائع رغم التخصيص ، وذلك وفقا للمادة ١/١١٤٥ ملئى التى تقضى بأن يبقى امتياز بائع المنقول قائما مادام المبيع محفظا بذاتيته : وفى ذلك يختلف عن المنقول الذى يثبت فى العقار أو يتدمج فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ، كوابور الرى الذى يكون ذا مستقر ثابت فى الأرض ، والأجزاء المتممة للبناء كالتشاييك والأبواب ، فهذه المنقولات تفقد ذاتيتها وتصبح عقارات بالطبيعة .

وتزول عن المنقول صفة العقار بالتخصيص إذا زال هذا التخصيص . وإذا كان التخصيص لا يتم لإبادة المالك ، فإنه لا يزول كذلك إلا بهذه الإرادة . وقد يزول التخصيص بعمل مادى من جانب المالك ، وذلك إما بوقف الاستغلال الذى كان المنقول مخصصا له كتحويل أرض زراعية إلى أرض بناء ، أو بفصل المنقول عن العقار واستخدامه فى أغراض أخرى : كما قد يزول التخصيص بتصرف قانونى يصدر من المالك ، وذلك بأن يصرف المالك فى العقار أو فى المنقول مستقلا أحدهما عن الآخر ، وما دام للمالك أن يزيل التخصيص ، فإن له أن يزول عن التمسك باعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ، حيث يعتبر هذا النزول إزالة للتخصيص بطريقة ضمنية . فإذا حجز الدائن على عقار بالتخصيص حجز منقول ، فإن هذا الحجز لا يكون باطلا إلا إذا دفع المالك المدين ببطالان الإجراءات وفقا للمادة ٢/٨٢ ملئى ، فإذا لم يدفع المالك بالبطالان اعتبر نازلا ، وبالتالي يكون الحجز صحيحا :

ويلاحظ أن تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول مما يتعلق بالنظام العام : فإذا اعتبر القانون بعض الأشياء عقارات على سبيل الاستثناء وبشروط خاصة ، فإن الباحث على هذا يكون فى نظر الشارع متعلقا بالنظام العام كذلك ، وهو ضمان استغلال العقارات ، وعليه إذا اتفق مالك العقار مع أحد دائنيه على اعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص ، بحيث لا يكون للدائن أن يحجز عليها حجز منقول ، وكانت هذه المنقولات لا تتوفر فيها الشروط التى يتطلبها القانون لهذا التخصيص ، فإن هذا الاتفاق

يكون باطلا لخالفته للنظام العام . فإرادة الأفراد لا يمكنها أن تعدل في أحكام العقار بالتخصيص :

(٢) المتقولات

٤٠٢ - اتفاقية والاستاء :

الأصل أن يعتبر الشيء متقولا بحسب طبيعته ، أى على أساس كونه شيئا قابلا للحركة . غير أنه استثناء من ذلك قد يعتبر الشيء متقولا ، لا بحسب طبيعته ، بل بحسب ما سيؤول إليه أمره ، فهو في حالته الراهنة عقار بالطبيعة ، ولكنه سيصبح متقولا بعد زمن قليل : فهناك إذا متقول بالطبيعة ، ومتقول بحسب المآل .

٤٠٣ - المتقول بالطبيعة :

بعد أن عرفت المادة ٨٢ من الترتين المدني في فقرتها الأولى العقار بالطبيعة بأنه كل شيء مستقر بمحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف ، أضافت قولها : « وكل ما عدا ذلك من شيء فهو متقول » : وعلى هذا النحو يستتبط تعريف المتقول من النص عن طريق الاستبعاد .

فالمتقول بالطبيعة *meuble par nature* هو كل شيء لا تتوفر له صفة العقار المذكورة . وعليه يشمل المتقول طائفتين :

(١) حيث يعتبر متقولا كل شيء مادي يمكن نقله من مستقره بدون تلف : وذلك مع مراعاة ألا يكون صاحبه قد وضعه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله ، إذ يصبح في هذه الحالة عقارا بالتخصيص كما رأينا . ومن أمثلة المتقول المادى الحيوانات والملابس والكب والبضائع والعربات والسفن والطائرات :

والعبرة في هذا الشأن بأن يكون الشيء قابلا للحركة والنقل دون تلف . فلا يغير من وصف الشيء بأنه متقول أن يكون قد أعد للبقاء في مكان معين مادام يمكن نقله دون تلف ، كما هي الحال بالنسبة إلى العوامات المخصصة للسكنى وأكشاك الاستحمام المقامة على الشواطئ .

(٢) كما يعتبر من قبيل المتقولات جميع الأشياء المعنوية ، كأفكار المؤلفين والمخترعين والامم التجارية ، فهذه الأشياء لا يصدق عليها وصف العقار ، إذ ليس لها وجود مادي ، ومن ثم لا يتصور بالنسبة إليها الاستقرار بحجر والنبات فيه .

٤٠٤ - المتقول بحسب المآل :

المتقول بحسب المآل *meuble par anticipation* هو شيء يعتبر بحسب طبيعته عقارا بالطبيعة ، وفقا لحالته الراهنة ، ولكن القانون يعده متقولا باعتبار ماسيئول إليه في المستقبل . ومع أمثلته المباني المعدة للهدم ، والأشجار المعدة للقطع ، والثمار والمحصولات الزراعية قبل نضجها ؛ فهذه الأشياء وما شاكلها تكون في حالتها الراهنة عقارات بالطبيعة ، ولكن القانون يعاملها معاملة المتقول على أساس أنها متصير كذلك بعد زمن قليل حينما تفصل عن الأرض :

والغرض من هذا الافتراض القانوني هو إخضاع هذه الأشياء لحكم المتقول بالحكم العقار ، سواء فيما يتعلق بالتنفيذ أو التصرف ، وذلك تيسيرا للإجراءات التي تتخذ في حالة التنفيذ وتحتيفا للقيود التي تراعى عند التصرف ، مادام أن مصيرها إلى أن تصبح متقولات بعد زمن قليل ، إذ أن هذه الإجراءات والقيود تكون بالنسبة إلى العقار أكثر تعقيدا وأشد وطأة منها فيما يتعلق بالمتقول .

٤٠٥ - شروط اعتبار الشيء متقولا بحسب المآل :

لم يضع الشارع قاعدة عامة في خصوص اعتبار بعض العقارات متقولات بحسب المآل ؛ ولكنه أخذ بهذا الاعتبار في حالات معينة بمقتضى نصوص خاصة : مع ذلك أن التقنين المدني يضع بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على متقول حق امتياز المبالغ المنصرفة في البذر والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة في أعمال الزراعة والحصاد ، وهذا امتياز يقع على المحصول الذي صرفت هذه المبالغ في إنتاجه (م ١١٤٢ / ١ مدني) . كما يضع بين تلك الحقوق حق امتياز مؤجر

الأراضي الزراعية الذي يقع على المحصول الزراعي لفهمان ما يستحقه المؤجر بمقتضى عقد الإيجار (١١٤٣ / ١ مدنى) : فهذان الحقان يقمان على المحصول قبل حصده ، ومع ذلك يعتبرهما الشارع من حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول بالرغم من أن المحصول قبل حصده يعتبر عقارا بالطبيعة ، ومن هذا القبيل كذلك أن تقنين المرافعات يجعل التنفيذ على الثمار المتصلة والمزروعات القائمة قبل نضجها بطريق الحجز عليها حجز منقول ، على أن يوقع هذا الحجز في خلال خمسة وخمسين يوما قبل نضجها (م ٤٩٩ و ٥٠٤ مرافعات) .

ويقوم اعتبار المحصول والثمار والمزروعات قبل نضجها من قبيل المنقولات بمقتضى هذه النصوص على أساس النظر إلى ما يستول إليه أمرها في المستقبل . ذلك أن التنفيذ عليها ، سواء بمقتضى حق الامتياز أو بموجب دين عادى ، يؤدي في النهاية إلى بيعها جبرا عن المدين إلى مشتر يحصل عليها بعد جنيتها . ومع ثم فليس هناك ما يبرر اتخاذ إجراءات التنفيذ العقارى ، وهى أشد تعقيدا وأكثر كلفة من إجراءات الحجز على المنقول ، مادام أن مصير هذه الأشياء أن تفصل عن الأرض بعد قليل وتصبح منقولات تسلم إلى من اشترأها في الزاد .

وقد استخلص الفقه والقضاء من هذه النصوص الخاصة التى وردت في حالات معينة نظرية عامة بمقتضاها تعتبر بعض العقارات منقولات بحسب المآل إذا كانت إرادة المتعاقدين قد انصرفت إلى النظر إليها باعتبار ما يستول إليه في المستقبل ، أى باعتبار أنها مستصير منقولات بعد زمن قليل ، وعليه يجب لاعتبار الشيء منقولا بحسب المآل أن يتوافر الشرطان الآتيان :

(١) فيجب أن يكون القصد الذى اتجهت إليه إرادة المتعاقدين هو المحصول على الشيء بعد أن يفصل عن الأرض فيصير منقولا بالطبيعة بعد أن كان عقارا . بمعنى أن يكون المحصول على الشيء بعد فصله هو الغرض الاساسى المقصود من التعاقد :

ويبنى على ذلك أنه إذا كان العقد مثلا عقد بيع وارد على بناء ، فلا يمكن لاعتباره بيع منقول أن يكون واردا على البناء دون الأرض التى يقوم عليها ، بل يجب فوق ذلك

أن يكون القصد من البيع هو أن يحصل المشتري على الانتفاض بعد هدم البناء ، بحيث يكون هناك التزام بالهدم يقع على عاتق أحد الطرفين . فإذا فرضنا أن البائع قد احتفظ بملكية الأرض ، واقتصر المشتري على شراء البناء لاستخدامه في فرض معين مع استئجار الأرض التي يقوم عليها من البائع ، فلا يعتبر البيع في هذه الحالة بيع منقول بحسب المآل ، بل يعتبر بيع عقار .

(٢) ويجب أن يكون مع المحقق في نظر المتعاقدين أن يفصل الشيء عن الأرض في وقت قريب : فهذا هو مقتضى كون الفرض الأساسي المقصود من التعاقد هو الحصول على الشيء بعد فصله : فلا يكفي لاعتبار البيع بيع منقول أن يكون من المحتمل فصل الشيء المبيع عن الأرض . فإذا اتفق في بيع البناء مستقلا عن الأرض هل أن يكون للمشتري أن يهدم البناء إذا رغب في ذلك ، فلا يعتبر البيع بيع منقول ، حيث يستطيع المشتري في هذه الحالة أن يبقى البناء على حاله فيظل عقارا . وكذلك الحال إذا حدد موعد بعيد للقيام بالهدم ، إذ لا يكون الفرض الأساسي من البيع حينئذ هو الحصول على الانتفاض .

٤٠٦ - حكم المنقول بحسب المآل :

إذا توفر للشرطان السابقان ترتب على ذلك سريان أحكام المنقول على العقار الذي اعتبر منقولا بحسب مآله : فإذا بيع الشيء ، وكان معينا بالنوع ، كما لو كان كمية مع محصول لم ينضج بعد ، فلا تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بافرازه . وإذا كان الشيء ميعنا بالذات ، كما لو كان منزلا معدا للهدم ، انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد العقد ، فلا تكون هناك حاجة إلى التسجيل لكي يتم هذا الانتقال ، مادام أن العقد ليس واردا على عقار . ويكون حق الامتياز المقرر للبائع على الشيء المبيع ضمانا لوفاء يائمن امتياز واقعا على منقول حتى قبل أن يفصل الشيء عن الأرض ويصير منقولا . ويكون التنفيذ على الشيء من جانب الدائنين بمقتوهم بطريق الحجز عليه حجز منقول ، وليس بطريق التنفيذ العقاري . ويتحدد الاختصاص المحلي للمحاكم بنظر المنازعات الناشئة عن العقد على أساس موطن المدعى عليه ، حيث يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها هذا الموطن ، وهي القاعدة المقررة في الدعاوى المنقولة .

ثانيا : الأموال العقارية والأموال المنقولة

٤٠٧ - الحقوق والدعوى :

رأينا من التقسيم السابق أن وصف العقار أو المنقول يلحق الشيء محل الحق — على أن هذا الرصف يلحق كذلك الحق ، أى المال ، فيقال حق عقارى أو مال عقارى ، وحق منقول أو مال منقول : ويلحق هذا الوصف كذلك الدعاوى التى تخمى الحقوق، فيقال دعوى عقارية ودعوى منقولة :

فكما تنقسم الأشياء إلى عقارات ومنقولات ، فكذلك الأموال تنقسم إلى أموال عقارية وأموال منقولة . وقد نصت المادة ٨٣ من التنتين المدنى على هذا التقسيم فقالت :
١ - يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار ، بما فى ذلك حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار . ٢ - ويعتبر مالا منقولا ما عدا ذلك من الحقوق المالية .

فالحقوق العقارية هى الحقوق العينية التى تقع على عقارات ، كحق الملكية العقارية وحق الارتفاق وحق الرهن الرسمى .

والدعاوى العقارية هى الدعاوى التى تتعلق بحقوق عينية عقارية ، كدعوى استحقاق العقار .

والحقوق المنقولة هى جميع الحقوق غير العقارية . فهى تشمل الحقوق العينية الواردة على أشياء منقولة ، كحق الملكية الوارد على منقول وحق الرهن الجائزى الوارد على منقول . وتشمل كذلك الحقوق المعنوية . وتشمل كذلك الحقوق الشخصية جميعها ، حتى لو كان الالتزام فيها بإعطاء شيء عقارى ، حيث يكون عليها دائما عملا يلزم المدين بالقيام به ، كما سبق أن فصلنا . فحق مشترى العقار فى مواجهة البائع قبل التسجيل ، وبعبارة أخرى التزام البائع بنقل ملكية العقار ، حق منقول : والتزام البائع بتسليم العقار أو المنقول ، والتزام شخص بإقامة بناء أو بالامتناع عن عمل ، كل هذه حقوق منقولة .

والدعاوى المنقولة هى الدعاوى التى تتعلق بحقوق عينية منقولة أو بحقوق معنوية أو بحقوق شخصية .

ويقسم قانون المرافعات الدعاوى إلى دعاوى عينية ودعاوى شخصية بحسب ما تبين عليه ، أى بحسب طبيعة الحق الذى يستند إليه رافعها . كما يقسمها إلى دعاوى عقارية ودعاوى منقولة بحسب ما يطلب بها ، أى على أساس طبيعة المال الذى يرى رافع الدعوى إلى الحصول عليه . وعلى هذا النحو تنقسم الدعاوى إلى أربعة أنواع : دعوى عينية عقارية ، وهى التى تستند إلى حق عيني عقارى ، كدعوى استحقاق العقار . ودعوى شخصية عقارية ، وهى التى تستند إلى حق شخصى ، ولكن يراد بها الحصول على حق عيني عقارى ، كالدعوى التى يرفضها المشتري على بائع العقار يطلب فيها الحكم بصحة التعاقد . ودعوى عينية منقولة ، وهى التى تستند إلى حق عيني على منقول ، كدعوى استحقاق المنقول . ودعوى شخصية منقولة ، وهى التى تستند إلى حق شخص ، ويكون الغرض منها الحصول على مال منقول ، كالدعوى التى يرفضها مستأجر العقار على المؤجر كى يسلمه العقار ويمكنه من الانتفاع به .

ثالثا : أهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات

٤٠٨ - أساس طبيعى واعتبار اقتصادى :

إن بيان أهمية التفرقة التى رأيناها بين العقارات والمنقولات يعنى التعرض للنتائج القانونية التى تترتب على هذه التفرقة . فقد أشرنا إلى أن الأحكام بالنسبة إلى العقارات تختلف عنها بالنسبة إلى المنقولات اختلافا كبيرا . ويرجع ذلك إلى عاملين : الأول يقوم على أساس طبيعى هو ثبات الشيء أو عدم ثباته ، فهو أساس تفرضه طبيعة الأشياء . والثانى يقوم على اعتبار اقتصادى ، حيث كانت تعتبر العقارات فى الماضى هى الأشياء ذات القيمة ، أما المنقولات فكانت تعد أشياء تافهة . وإذا كان هذا الاعتبار قد قلت أهميته فى الوقت الحاضر بعد أن تطورت الحياة الاقتصادية حتى أصبحت القيم المنقولة من أهم عناصر الثروة ، إلا أنه مع ذلك مازال له أثره فى وجود فروق كثيرة بين العقار والمنقول فى التنظيم القانونى لكل منهما .

ومن ثم فنراعى الاختلاف فى التنظيم القانونى للعقار والمنقول إما أن ترجع إلى أساس طبيعى ، أو إلى اعتبار اقتصادى .

فعلی أساس اختلاف العقارات عن المنقولات من حیث الطبیعة تخالف الأحكام القانونية لكل منهما فی حالات كثيرة أهمها ما یأتی :

(١) أدى ثبات العقارات إلى إمكان تنظیم شهر التصرفات القانونية التي ترد علیها كوسيلة لحماية الغير . فالتصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله لا یقرب علیها هذا الأثر ، لایین ذوی الشأن ولا بالنسبة إلى غیرهم ، إلا إذا شهرت بطریق التسجيل (م ٩ من قانون الشهر العقاري) . والتصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية لا تنتج أثرها بالنسبة إلى الغير إلا إذا شهرت بطریق القيد (م ١٢ من قانون الشهر العقاري) . ويتم الشهر ، سواء بطریق التسجيل أو بطریق القيد ، فی سجل معد لذلك بمكتب الشهر العقاري الذي یقع العقار فی دائرة اختصاصه . وبذلك یستطيع الغير الذي یرید التعامل فی العقار أن یعرف مالکة وأن یتبین ما علیہ من حقوق للآخرین .

أما المنقولات فلیس لها مکان ثابت تستقر فیہ ، وهذا یحول دون إمكان شهر التصرفات التي ترد علیها ، حیث یتمركز إجراءات الشهر فی مكتب معین علی نحو ما یجری بالنسبة إلى العقار .

(٢) نظرا إلى تعدد تنظیم شهر التصرفات التي ترد علی المنقول لحماية الغير الذي یعامل فیہ ، فقد وجدت قاعدة تنحی بها هذه الحماية اقتضتها ضرورة استقرار المعاملات . وهی القاعدة التي یعبر عنها بأن « الحیازة فی المنقول سند الحائز » . وقد نصت علیها المادة ٩٧٦ فقرة أولى من التفتین المدنی فقالت : « من حاز بسبب صحیح منقولا أو حقا عینیا علی منقول أو سنداً لحامله فإنه یصبح مالکا إذا كان حسن النية وقف خیازته » (١) . فإذا اشترى شخص منقولا من غیر مالکة معتقدا أن البائع هو المالك ، وتسلم المنقول ، فإنه یصبح مالکا للمنقول ، بحیث یستطيع إذا ما طالبه المالك الحقیقی أن یدفع هذه المطالبة بأنه تملك المنقول بمقتضى تلك القاعدة .

(٣) هناك حقوق من قبیل التأمينات العينية التي تنقرر للذات لا یمکن أن ترد إلا علی عقار ، كالأمرن الرسمي وحق الاختصاص : ويرجع ذلك إلى أن حماية الغير عند

(١) انظر فی تفصیل هذه القاعدة کتابنا فی حق الملكية طبعه سنة ١٩٦٤ ، فقرة ٤٣٦ وما بعدها .

التعامل تتحقق إما عن طريق شهر التصرف الذى يرد على الشيء، أو عن طريق نقل الحيازة ، كما رأينا . وإذا كانت تلك الحقوق لا تؤدي إلى انتقال الشيء المحمل بها إلى حيازة الدائن ، بل يبقى الشيء في حيازة المالك ، فإنها لا يمكن أن تنشأ إلا على عقار ، حيث تكون الوسيلة الوحيدة لحماية الغير في هذه الحالة هي شهر التصرف الذى يرد على العقار ، والمقارن وحدها هي التي يمكن شهر ما يرد عليها من تصرفات .

(٤) يختلف دور الحيازة في تملك العقار عنه في تملك المنقول اختلافا كبيرا : حيث لا تؤدي الحيازة إلى تملك العقار إلا في حالة التقادم ، وفي غير هذه الحالة يكتفى المالك أن يقيم الدليل على حقه كي يسترد العقار . بينما تؤدي الحيازة إلى تملك المنقول في الحال دون حاجة إلى تقادم إذا توافر لدى الحائز حسن النية والسبب الصحيح ، ولا يكتفى المالك أن يقيم الدليل على حقه كي يسترد المنقول ، بل يتعين عليه فوق ذلك أن يثبت عدم توفر الشروط المطلوبة لدى الحائز : فالتمييز بين الملكية والحيازة يملو واضحا فيما يتعلق بالعقار ، ولكنه يصف كثيرا فيما يتعلق بالمنقول ، بحيث تبدو الحيازة في المنقول وكأنها تحول الحائز الملكية : وهذا هو المعنى الذى تعبر عنه القاعدة المعروفة التي تقول إن « الحيازة في المنقول سند الحائز » .

(٥) ترتب على الفارق السابق أن الشارع يحسم حيازة العقار لذاتها بصرف النظر عما إذا كانت مستندة إلى حق ، وذلك بمقتضى دعاوى الحيازة (٩٥٨م - ٩٦٢ مدنى) : أما فيما يتعلق بحيازة المنقول فإنه القاعدة التي تقول إن « الحيازة في المنقول سند الحائز » لا تلغ جبالا لحماية الحيازة لذاتها بصرف النظر عن أصل الحق ، إذ أن شأن هذه القاعدة أن تربط بين الحيازة والحق بحيث لا يمكن الفصل بينهما ، ومن ثم فليست هناك دعاوى حيازة بالنسبة إلى المنقول .

(٦) نظرا إلى ثبات المقارن بتحدد الاختصاص المحل للمحاكم بالنسبة إلى الدعاوى العقارية على أساس محل العقار : فالدعاوى العينية العقارية تختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها العقار (م ٥٦ / ١ مرافعات) : والدعاوى الشخصية العقارية تختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه (م ٥٦ / ٢ مرافعات) . أما الدعاوى المتقولة ، شخصية كانت أو عينية ، فتختص بها المحكمة التي يقع في دائرتها

موطن المدعى عليه (م ٥٥ مرافعات) ، إذ ليس للمتقول مكان ثابت يستقر فيه حتى يمكن تحديد الاختصاص القضائي على أساسه .

وعلى أساس اعتبار العقارات أكبر قيمة وأكثر أهمية من المنقولات من الناحية الاقتصادية تختلف الأحكام القانونية لكل منهما كذلك في حالات نذكر منها ما يأتي :

١ — نصت المادة ٤٢٥ فقرة أولى من التقنين المدني على أنه « إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل » . فيقتضي هذا النص تقصير دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش في البيع على حالة بيع عقار مملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية . فهي لا تكون مقبولة في حالة بيع المتقول .

٢ — تختلف سلطة الوصي في إبرام التصرفات القانونية عن القاصر بحسب ما إذا كان التصرف متعلقا بعقار أو متقول . فقد رأينا أن الوصي يتعين عليه الحصول على إذن من المحكمة في إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من ستة في المياني ، وفي إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة (م ٣٩ من قانون الولاية على المال) (١) . بينما لا يوجد قيد من هذا القبيل على سلطة الوصي في إيجار المتقول .

٣ — عند تصفية الشركة توفي ديونها أولا من ثمن ما فيها من متقول ، فلا تباع العقارات لو فاء هذه الديون من ثمنها إلا إذا لم تكن المنقولات كافية (م ١/٨٩٣ مدني) .

٤ — يقيد القانون أهلية الجمعيات في كسب الحقوق التي ترد على العقارات بالقتل الضروري لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله ما لم تحصل على إذن بذلك من الجهة الإدارية المختصة (م ١/٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) (٢) . ولا يرد هذا القيد بالنسبة إلى الحقوق التي تكسب على المنقولات .

٥ — فيما يتعلق بإجراءات التنفيذ يفرق الشارع في قانون المرافعات بين الحجز على المتقول والتنفيذ على العقار ، فيرسم للأول إجراءات أكثر سرعة وأقل تعقيدا من إجراءات الثاني :

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٢٩ .

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٣٧١ .

المطلب الثانى

الأشياء القابلة والأشياء غير القابلة للاستهلاك

٤٠٩ - التفرقة وأساسها :

نصت المادة ٨٤ من القانون المبنى فى هذا الصدد على ما يأتى : ١ - الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو إتلافها . ٢ - فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد فى المتاجر للبيع .

فالأشياء القابلة للاستهلاك *Choses consommables* هى الأشياء التى لا ينفع بها إلا باستهلاكها ، فهى تستهلك بمجرد الاستعمال . ولذلك عرفها النص المذكور بأنها الأشياء التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له ، فى استهلاكها أو إتلافها .

والاستهلاك قد يكون ماديا أو قانونيا . فالاستهلاك المادى تنقضى به مادة الشيء أو تغير ذاتيته ، ومثل ذلك أن استعمال المواد الغذائية بأكلها يؤدى إلى انقضاء مادتها ، واستعمال الأقمشة بتحويلها إلى ملابس يؤدى إلى تغير ذاتيتها . والاستهلاك القانونى يكون بالنصرف فى الشيء إلى الغير ، ومثل ذلك أن استعمال النقود يكون بإتلافها .

أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك *Choses non consommables* فهى الأشياء التى ينفع بها دون أن تستهلك ، فهى لا تستهلك بمجرد الاستعمال ، وإنما تبقى ذاتيتها ، وإن بليت على طول الزمن بتكرار الاستعمال ، كالمنازل والعربات والأثاث .

ويقوم أساس هذه التفرقة بحسب الأصل على طبيعة الشيء . فكون الشيء قابلا للاستهلاك أو غير قابل له تكون العبرة فيه ، بحسب الأصل ؛ بالاستعمال الذى يعد له . وفقا لطبيعته . غير أن إرادة الأفراد تستطيع أن تغير مع هذا الوضع الذى يقوم على طبيعة الشيء ، فتجعل من الشيء القابل للاستهلاك شيئا غير قابل له ، وكذلك العكس . ويتحقق ذلك إذا خصص الشيء لاستعمال غير الذى أعد له بحسب طبيعته . مثل ذلك أن النقود بطبيعتها أشياء قابلة للاستهلاك ، فهى تعد فى العادة للإتفاق ، ولكنها قد تعار

لصرف يعرضها مدة من الزمن ثم يردّها ، فتكون في هذه الحالة غير قابلة للاستهلاك . كذلك المكتب تعتبر بطبيعتها أشياء غير قابلة للاستهلاك ، ولكن قديعير صاحب مكتبة نسخة من كتاب لصاحب مكتبة أخرى كي يبيعها ويرد له مثلها ، ففي هذه الحالة يكون الكتاب شيئاً قابلاً للاستهلاك . وتطبيقاً لذلك جاء في الفقرة الثانية من النص المذكور أنه يعتبر قابلاً للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع .

وعليه تكون المعيرة في التفرقة بالاستعمال الذي يعد له الشيء ، سواء كان هذا الاستعمال هو الذي يعد له الشيء عادة بحسب طبيعته ، أو كان هو الذي يعد له الشيء بحسب ما خصصته له لإرادة الأفراد : ونص المادة ٨٤ مدني الذي ذكرناه يشمل هاتين الحالتين .

٤١٠ - أهمية التفرقة :

يتضح من التفرقة التي ذكرناها أن الأشياء القابلة للاستهلاك تخطط بالنسبة إليها سلطة الاستعمال بسلطة التصرف ، بحيث لا يمكن أن يثبت للشخص عليها سلطة الاستعمال دون سلطة التصرف . ويرتّب على ذلك ما يأتي :

(١) لا تصلح الأشياء القابلة للاستهلاك عملاً للحقوق العينية التي تخول صاحبة سلطة استعمال الشيء دون التصرف فيه . ولذلك لا يرد حق الانتفاع إلا على شيء غير قابل للاستهلاك . إذ أن حق الانتفاع يخول المنتفع استعمال الشيء واستغلاله دون التصرف فيه ، ويوجب على المنتفع أن يرد الشيء بعينه عند انتهاء حق الانتفاع . أما الشيء القابل للاستهلاك فيصبح أن يرد عليه شبه حق الانتفاع ، حيث لا يلزم المنتفع إلا برد بدل الشيء أي مثله عند انتهاء حقه (م ٢/٩٩٢ مدني) .

(٢) كذلك لا تصلح الأشياء القابلة للاستهلاك لأن ترد عليها العقود التي تخول من صدرت اليه حقاً شخصياً يستطيع بمقتضاه أن يستعمل الشيء على أن يرده عند انتهاء العقد . ولذلك لا يرد عقد العارية إلا على شيء غير قابل للاستهلاك ، إذ أن هذا العقد يخول المستعير أن يستعمل الشيء على أن يرده بعد الاستعمال (م ٦٣٥ مدني) . إنما يصلح

الشيء القابل للاستهلاك لأن يرد عليه عقد قرض ، حيث تنفل بموجب هذا العقد ملكية مبلغ من القود أو أى شيء مثل آخر إلى المقرض على أن يرد عند نهاية القرض شيئا مثله في مقدار ونوعه وصفته (م ٥٣٨ مدنى) .

المطلب الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمية

٤١١ - التفرقة وأساسها :

الأشياء المثلية *Choses fungibles* أو المثليات هي الأشياء التي لا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، ويكون لها نظائر في الأسواق ، ولذلك يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء . فهي أشياء تجري العادة على تعيينها في التعامل بالعدد كالقود ، أو المقاس كالقماش من نوع معين ، أو الكيل كالحبوب من نوع معين ، أو الوزن كالقطن من نوع معين . وقد نصت عليها المادة ٨٥ من القانون المدني فقالت : « الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن » . ويلاحظ على هذا النص أن ما يقوله من قيام بعض الأشياء المثلية مقام بعضها عند الوفاء لا يحدد معنى المثلية ، وإنما يبين الأثر الذي يترتب عليها . أما معنى المثلية فهو ما قلناه من أن الأشياء لا تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، حيث تكون لكل واحد منها ذات القيمة تقريباً .

أما الأشياء القيمية *Choses non fungibles* أو القيميات فهي الأشياء التي تتفاوت أحادها تفاوتاً يعتد به ، ولذلك لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، كالأراضي والمنازل والحيوانات : وقد لا تتفاوت أحاد الشيء ، ولكن لا يوجد له نظير في الأسواق ، فيعتبر قيمياً ، كنسخة وحيدة من كتاب لم يعد في السوق غيرها :

ويقوم أساس هذه التفرقة بحسب الأصل على طبيعة الشيء ، بمعنى أن يكون معيار التفرقة بين المثلي والقيمي معياراً مادياً . فالمثل هو ما يوجد مثله بدون تفاوت

يعتد به : والقيمة هو مالا يوجد له مثل ، أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة . على أن إرادة الأفراد قد تنير من هذا الوضع الذى يقوم على طبيعة الشئ ، فيصبح معيار التفرقة حينئذ معيارا شخصيا . فإذا انجذبت ارادة العاقلين إلى شئ مثل قيمته فلا يقع اللوقاء إلا به ، حتى ولو وجد له نظائر في الأسواق ، وحينئذ يكون الشئ قيميا ، كما في حالة إعارة كتاب للاطلاع عليه ورده بذاته . وقد تجعل الإرادة من شئ قيمي بطبيعته شيئا مثليا ، كما في حالة قيام شركة بتقسيم أرض معدة للبناء إلى قطع متماثلة . فإذا تعهدت الشركة في هذا الفرض ببيع إحدى القطع دون تحديد لقطعة معينة بذاتها ، فإن ذمتها تبرأ بإعطاء أى من هذه القطع .

وبذلك تتضح الطريقة التى يعين بها الشئ في التعامل : فالأشياء المثلية تعين بنوعها ومقدارها ، نظر إلى ما هناك من تماثل بين أفرادها ، كالقمح يذكر من نوع هندي وأن مقداره مائة أردب . والأشياء القيمية تعين بذاتها ، فيوصف الواحد منها بأوصاف تميزه عن غيره بحيث تحدد ذاتيته ، كالأرض تذكر مساحتها وموقعها وحدودها . وعلى هذا النحو يوجد تطابق وارتباط بين تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة ، وتقسيمها إلى معينة بالنوع معينة بالذات . فالتقسيم الأول يقوم على صفة في الشئ من حيث هو مثل أو قيمي ، والتقسيم الثانى يتعلق بطريقة تعيين الشئ عند التعامل ، ولكيما التعيين يتم في ضوء الصفة التى تثبت للشئ سواء بحكم طبيعته أو بحسب نظرة المتعاقدين إليه .

وهناك تقارب بين تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة ، وتقسيمها إلى قابلة وغير قابلة للاستهلاك . إذ الغالب أن تكون الأشياء المثلية قابلة للاستهلاك كالحبوب ، وأن تكون الأشياء القيمة غير قابلة للاستهلاك كالمنازل . غير أنه لا يوجد تطابق تام بين التقسيمين ، ومن ثم يجب عدم الخلط بينهما . فهناك من الأشياء المثلية ما يكون غير قابل للاستهلاك كالكتاب إذا طبعت منه نسخ عديدة . وهناك من الأشياء القيمية ما يكون قابلا للاستهلاك كحفة فنية فريدة تعرض في متجر للبيع ، أو مقدار من محصول لا نظير له في السوق .

٤١٢ - أهمية التفرقة :

تظهر أهمية التفرقة بين الأشياء المثلثة والأشياء القيمية في حالات كثيرة نذكر منها ما يأتي :

(١) فيما يتعلق بالوفاء ، إذا التزم المدين باعطاء شيء مثل تعين بنوعه فإن الوفاء يتم إذا أعطى المدين أى شيء من ذات النوع . أما إذا كان الالتزام باعطاء شيء قيمى تعين بذاته فلا تبرأ ذمة الدين إلا بالوفاء بهذا الشيء ذاته .

(٢) إذا التزم المدين باعطاء شيء مثل تعين بنوعه فلا ينقضى الالتزام لاستحالة التنفيذ ، حتى لو كان لديه كمية من هذا الشيء يعتمد عليها في الوفاء وهلكت ، كما لو باع مقدارا من القمح معتمدا في الوفاء بالزمامه على ما يوجد في مخزنه من قمح ثم احترق المخزن بما فيه . ذلك أن المثلثات يوجد لها نظائر في الأسواق ، فيكون في استطاعة المدين أن يحصل منها على ما يفي به : وهذا هو المعنى الذى جرى التعبير عنه في أقلام الفقهاء بأن المثلثات لا تهلك . أما إذا كان الالتزام باعطاء شيء قيمى تعين بذاته فإن هلاك هذا الشيء بسبب لايد للمدين فيه يؤدي إلى انقضاء التزامه لاستحالة التنفيذ .

(٣) إذا التزم المدين باعطاء شيء مثل تعين بنوعه فلا ينشأ للدائن حق عينى على هذا الشيء إلا بافرازه ، لأنه حينئذ يتعين محل الحق العينى بذاته . أما إذا كان الالتزام باعطاء شيء قيمى تعين بذاته فإن الحق العينى ينشأ للدائن بمجرد نشوء الالتزام إذا كان الشيء مملوكا للملتزم ، وذلك ما لم يكن الشيء عقارا حيث لا ينشأ حق الدائن إلا بالتسجيل .

(٤) لا تقع المقاصة القانونية إلا بين دينين متقابلين محل كل منهما اعطاء نقود أو مثلثات متحدة في النوع والجودة (م ٣٦٢ مدنى) :

الباب الرابع

مصادر الحق

٤١٣ - المقصود بمصدر الحق :

رأينا أن الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون : فلا يثبت للشخص من حقوق إلا ما يقرره القانون . وبهذه المثابة يعتبر القانون مصدرا لجميع الحقوق : ولكن القانون فى تقريره للحقوق يجعل كسبا رهينا بقوفر أوضاع معينة يترتب عليها نشوء الحق . وعلى هذا النحو تكون هذه الأوضاع التى يتطلبها القانون هى المصدر المباشر للحق ، بينما يكون القانون هو المصدر غير المباشر : فالشخص إذا اشترى شيئا من مالكه كسب ملكية هذا الشيء ، وفى هذه الحالة يكون المصدر المباشر للحق الملكية هو عقد البيع ، أما القانون فهو المصدر غير المباشر .

والمصادر المباشرة بهذا المعنى هى التى تقصد فى هذا المقام ، وهى التى يتصرف إليها اصطلاح مصادر الحق :

٤١٤ - الواقعة القانونية :

يطلق على المصادر المباشرة للحق بالمعنى الذى ذكرناه الوقائع القانونية : والواقعة القانونية fait juridique هى أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثرا . هى عبارة أخرى أية حادثة ، إرادية أو غير إرادية ، يكون من شأنها أن تعدل الوضع القانونى القائم : فليس كل ما يقع من حوادث يعتبر وقائع قانونية : بل إن حادثة بينما قد تكون واقعة قانونية فى حالة ، بينما تكون فى حالة أخرى مجرد واقعة لا يترتب عليها

أثر ما . فالعبرة في اعتبار حادثة معينة واقعة قانونية بأن يربط عليها القانون أثرا . فقد يقع زلزال في وقت ، فيكون وقوعه قوة القاهرة تعفى المدين من الوفاء بالتزامه ، وقد يحدث ذلك في وقت آخر فلا يترتب عليه أثر .

وتعتبر الواقعة القانونية بهذا المعنى مصدرا لكافة الآثار القانونية أيا كان نوعها . ومن ثم فلا يقتصر أثرها على إنشاء الحق ، بل يترتب عليها كذلك نقله أو تعديله أو انقضاؤه .

وتنقسم الوقائع القانونية إلى وقائع طبيعية ، ووقائع من فعل الإنسان :

(١) فالوقائع الطبيعية *faits naturels* هي التي تكون من عمل الطبيعة ، بحيث تكون مستقلة عن نشاط الشخص : فهي تشمل الظواهر الطبيعية ، كغروب الشمس . فقد يترتب عليه انقضاء ميعاد قانوني . وتشمل الحوادث العارضة ، كضيضان نهر أو انفجار آلة في مصنع ، فقد يكون الأول قوة القاهرة وقد يكون الثاني حادثا مفاجئا ، وكلاهما يعفى المدين من الوفاء بالتزامه . وتشمل الوقائع التي تأتي من الجمادات أو النباتات أو الحيوان ، فالجوار ينشئ التزامات بين ملاك العقارات المتجاورة ، ونضوج غلة الأرض قد يحدد انتهاء عقد الإيجار ، وتناج المواشي التي يرعاها غير مالكها قد يكون شركة بين المالك والراعي . وتشمل الحوادث التي تكون متصلة بالإنسان ، ولكن لا يبدله في وقوعها ، كالولادة التي تبدأ بها شخصية الإنسان ، والموت الذي تنتهى به الشخصية وتنشأ للورثة حقوق ، والقصر الذي يؤثر على أهلية الشخص مباشرة التصرفات القانونية .

(٢) والوقائع التي من فعل الإنسان *faits de l. homme* هي التي يكون للإنسان دخل في وقوعها ، سواء صدرت عن إرادة منه أو عن إرادة . وهي على نوعين : أعمال مادية ، وأعمال أو تصرفات قانونية .

(١) فالأعمال المادية *actes matériels* هي التي تصدر من الشخص ويرتب عليها القانون أثرا بصرف النظر عن إرادة صاحبها . فسواء اتجهت إرادة الشخص إلى إحداث هذا الأثر أو اتجهت إلى غيره أو لم تنتج إلى إحداث أثر ما فإن القانون هو الذي يترتب على هذه الأعمال أثرها . فالشخص يأتي في حياته أعمالا مادية كثيرة لا يخل منها

في نطاق الوقائع القانونية إلا الأعمال التي يترتب عليها أثر قانوني . وهذه الأعمال المادية ذامعة الأثر القانوني قد يريدها الشخص ويريد الأثر المترتب عليها ، كما إذا قام بعمل نافع أنرى به الغير على حسابه دون سبب ، بأن قام مثلا باصلاح حائط للجار معرض للسقوط دون أن يكون ملزما بذلك ، فإن الجار يلتزم حينئذ بأن يرد إليه ما أنفقه : وقد يريد الشخص العمل ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا قام بعمل غير مشروع عن قصد منه بأن ارتكب جريمة عن عمد ، فإنه يلتزم بالتعويض عن الضرر الذي لحق المضرور . وقد لا يريد الشخص العمل الصادر منه ولا يريد الأثر المترتب عليه ، كما إذا صدر منه عمل غير مشروع عن احمال بأن صدم أحد المارة بسيارته ، فإنه يلتزم كذلك بالتعويض عن الضرر الذي يلحق المصاب . والحكم في هذه الحالات واحد ، وهو أن الأثر الذي يترتب على العمل المادي إنما يقع بقوة القانون كيفما كانت إرادة الشخص الذي صدر منه هذا العمل .

ب — أما الأعمال أو التصرفات القانونية *actes juridiques* فهي أعمال الإرادة المحضة تنجذ إلى إحداث أثر قانوني معين . حيث تعتمد في وجودها وفي آثارها على إرادة الشخص . وهي إما تصرفات صادرة من جانبيين ، أي عقود تتم بتوافق إرادتين ، كالبيع والإيجار والوكالة ، أو تصرفات صادرة من جانب واحد ، أي تصرفات انفرادية تعتقد بإرادة واحدة ، كالوصية والوعد بمجازة الموجه إلى الجمهور : والأمر الجوهري في هذه التصرفات أن قوامها الإرادة وأن آثارها تترتب بسلطان الإرادة لا بقوة القانون : فهذه الآثار تقع لأن الإرادة قد انجذت إليها .

١٥ — التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانوني :

يتضح مما تقدم الفارق بين التصرفات القانونية وما عداها من الوقائع القانونية : فالتصرفات القانونية قوامها الإرادة ، وآثارها تترتب لأن الإرادة قد انجذت إلى ترتيبها : أما الوقائع الطبيعية التي تكون من عمل الطبيعة والأعمال المادية التي تكون من فعل الإنسان فقوامها واقعة مادية ، سواء تدخلت فيها إرادة الشخص أو لم تدخل ، وآثارها يستقل القانون بترتيبها بصرف النظر عن إرادة الشخص :

ومن هنا يمكننا أن نجتمع بين الوقائع الطبيعية والأعمال المادية تحت تسمية واحدة هي الوقائع المادية للمقابلة بينها وبين التصرفات القانونية (١) . وذلك لاختلاف الأحكام التي يخضع لها كل من العالمتين .

وهناك من الوقائع القانونية ما يجمع بين العنصر المادى والعنصر الإرادى معا ، بحيث لا يترتب أثرها القانونى إلا بوجود واقعة مادية واتجاه الإرادة إلى ترتيب هذا الأثر . وهذه هي الوقائع المركبة والوقائع المختلطة . فإذا كانت الواقعة القانونية تتكون من واقعة مادية وتصرف قانونى كانت واقعة مركبة ، حيث تجرى على كل من العنصرين أحكامه الخاصة به . ومثلها الشفعة ، ففيها يتم بيع العين المشفوع فيها مع قيام الشيوع أو الجوار وهذا كله من قبيل الوقائع المادية ، كما يوجد إلى جانب ذلك إعلان الشفعيع رغبته فى الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى . وإذا كانت الواقعة القانونية يختلط فيها العنصر المادى بعنصر الإرادة كانت واقعة مختلطة ، حيث تتحدد طبيعتها بحسب العنصر الغالب فيها : ومثلها الاستيلاء ، ففيه تختلط الحياةزة المادية بنية التملك ، ولكن العنصر المادى هو الغالب ، ولذلك يعتبر الاستيلاء من قبيل الوقائع المادية : ومثلها كذلك الوفاء ، إذ فيه يختلط تسليم الشيء الواجب أدائه وهو عنصر مادى ، بالاتفاق على قضاء الدين وهو عنصر إرادى ، ولكن العنصر الإرادى هو الغالب ، ومنه ثم يعتبر الوفاء من قبيل التصرفات القانونية (٢) :

(١) يجرى كثير من الفقهاء على استعمال اصطلاح الوقائع القانونية بمعنىين : الأول هو الذى يوسع على اعتبار أن الوقائع القانونية تعبر يشمل المصادر جميعها ، وهو الذى قلنا واتجاهه فى المتن . والثانى هو الذى يقتضي دلالة كل الوقائع المادية فحسب . ويلفك فهم فى أغلبهم بهذا المعنى الضيق يقسمون للمصادر إلى وقائع قانونية وتصرفات قانونية

ولكننا آثرنا الاتجاه الآخر فى الفقه نوعيا للوضوح والقدرة . فنجرينا على أن اصطلاح الوقائع القانونية تعبر عام يشمل المصادر جميعها ، بحيث تنقسم هذه المصادر إلى وقائع مادية وتصرفات قانونية .

(٢) صاحب هذا التمييز بين الوقائع المركبة والمختلطة الاسطاذ السبوري (الوسيط ج ١ ، الطبعة الثانية ص ١٤٥ فى الهامش) .

٤١٦ - أهمية التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانوني :

يخلص مما ذكرناه أن الوقائع القانونية هي مصادر الروابط القانونية : فهذه المصادر إما أن تكون واقعة مادية أو تكون تصرفاً قانونياً. ولهذا التمييز أهمية من حيث اختلاف الأحكام التي تسرى على كل من النوعين من المصادر .

فالتصرف القانوني قوامه الإرادة، ولذلك يفرد بالأحكام التي تتعلق بوجود الإرادة والتعبير عنها وشروط صحتها والشكل الذي يجب أن تفرغ فيه في بعض الحالات ومشروعية السبب الذي يدفعها والحل الذي تتعقد عليه :

ومن وجوه الاختلاف الهامة كذلك في هذا الصدد ما يتعلق بالإثبات . فالأصل في الوقائع المادية أنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، حتى بالبينة والقرائن . بينما الأصل في تصرفات القانونية أن يكون إثباتها بالكتابة إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات . ذلك أن الوقائع المادية لا تسمح طبيعتها لصاحب الحق المترتب عليها أن يعنى ببيئة دليل كتابي في شأنها ، ولذلك كان الأصل فيها هو جواز إثباتها بجميع الطرق . فمثلاً إذا طلب شخص تعويضاً عن ضرر أصابه بسبب جريمة ارتكبت عنده ، فلا يعقل أن يطالب هذا الشخص بدليل كتابي لإثبات الجريمة ، وإنما يكون له أن يثبتها بكل طرق الإثبات . أما تصرفات القانونية فهي عبارة عن اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني ، فهي تعتمد في وجودها وفي مدى آثارها على إرادة الشخص ، وبهذا تسمح طبيعتها أن يستلزم الشارع الدليل الكتابي في إثباتها وأن يستبعد البينة والقرائن . فالعقد مثلاً ، كالبيع والإيجار والوكالة ، وهي تصرفات يبرمها الأفراد فيما بينهم ، تجب الكتابة في إثباتها بحسب الأصل (١) :

وستنكلم فيما يلي عن الواقعة المادية ، ثم عن التصرف القانوني .

(١) راجع في هذا كتابنا في الإثبات بقرة ٢٢ و ١٩٠ .

الفصل الأول

الواقعة المادية

١٧٤ - أهمية الواقعة المادية وآثارها :

لم يهتم الفقه حتى اليوم إلى وضع نظرية عامة تنتظم الوقائع المادية على اختلاف أنواعها على نحو ما فعل بالنسبة إلى التصرفات القانونية. ولعل مرد ذلك إلى ما ظفريه التصرف القانوني من اهتمام كان له أثره في الحد من السعي نحو الكشف عن العناصر المشتركة بين الوقائع المادية المختلفة : مع أن الوقائع المادية لا تنقل في أهميتها عن التصرفات القانونية ، حيث ترتب عليها آثار قانونية كثيرة .

وقد رأينا أن الواقعة المادية قد تكون واقعة طبيعية وقد تكون من عمل الإنسان ، وأنها في الحالين واقعة مادية في جوهرها سواء تدخلت فيها إرادة الشخص أو لم تدخل ، بحيث يرتب القانون عليها آثارها بصرف النظر عن إرادة الشخص إذا كانت هناك نية إرادة : فآثار الوقائع المادية متنوعة بحيث يدخل فيها كل أنواع الحقوق :

فقد تكون الواقعة المادية مصدرا للحقوق السياسية وكما هي الحال عند بلوغ سن معينة ، وهو واقعة طبيعية ، حيث يثبت للشخص الحق في الانتخاب أو الترشيح أو تولي وظيفة معينة .

وقد تكون مصدرا لحقوق الشخصية . فالإنتاج الفكري واقعة مادية من فعل الإنسان تجعل للمؤلف الحق في أن ينسب إليه مصنعه ، وهذا حق أدبي من حقوق الشخصية ، وقد تكون مصدرا لحقوق الأسرة . فالبنوة ، وهي واقعة طبيعية ، تكون مصدرا لحقوق متبادلة بين الأب والابن .

وقد تكون مصدرا للحقوق الشخصية . وأبرز الوقائع في هذا المجال واقعتان هامتان عنى بهما الشارع ، وهما الفعل الضار والفعل النافع ، وكلاهما واقعة مادية من فعل الإنسان .

فالقفل الضار أو العمل غير المشروع ، يترتب عليه إلزام من ارتكبه بتعويض الضرر الذي نجم عنه (م ١٦٣ مدني) ، فيصبح المضرور دائئاً بالتعويض . مثل ذلك أن يتألف شخص مال غيره ، حيث يجب عليه في هذه الحالة أن يدفع للمضرور تعويضاً عما لحقه من ضرر :

والفعل النافع أو الإثراء على حساب الغير بلا سبب يتحقق إذا وقع فعل ترتب عليه افتقار شخص وإثراء شخص آخر دون سبب قانوني ، فيجب على المثرى أن يرد إلى المفقتر قدر ما أثرى به في حدود ما لحق المفقتر من خسارة (م ١٧٩ مدني) ، أي أنه يرد أقل القيمتين ، وهما مقدار ما أثرى به ومقدار ما افتقر به الغير . مثل ذلك أن يقوم المستأجر بترميمات في العين المؤجرة واجبة على المؤجر ، فيكون على هذا الأخير أن يرد إلى المستأجر ما أنفق في حدود ما زاد في قيمة العين بسبب هذه الترميمات : وهناك تطبيقان هامان للإثراء بلا سبب نظمهما الشارع بأحكام خاصة: الأول هو دفع غير المستحق ، وهو عبارة عن الوفاء بدين غير واجب على الموفى دون أن تكون لديه نية الوفاء بدين على غيره . ويترتب عليه التزام في ذمة الموفى له بأن يرد ما أخذه بدون حق إلى الموفى (م ١٣٩١ / ١ مدني) : والثاني هو الفضالة ، وهي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن ضروري لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزماً بذلك : كأن يقوم شخص بإقامة جدار يوشك أن يتقوس في بيت جاره الغائب ، أو يبادر إلى إسعاف ابن هذا الجار من إصابة مفاجئة : ويترتب على الفضالة أن يكون رب العمل ، وهو الذي تم العمل لحسابه ، ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدتها الفضولي ، وهو الذي قام بالعمل ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف ، وأن يعرضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدني) .

وبالإضافة إلى العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب توجد وقائع مادية أخرى كثيرة لها آثارها في مجال الالتزامات . من ذلك أن القرابة يترتب عليها في حالات معينة الالتزام بالنفقة . والجوار يترتب عليه فيما بين الملاك المجاورين أن يكون لكل منهم أن يجبر جاره على وضع حدود لأماكهما المتلاصقة (م ٨١٣ مدني) : ووفاء النابن

يترتب عليها انتقال حقه إلى ورثته . والقوة القاهرة التي يستحيل بسببها تنفيذ الالتزام يترتب عليها انقضاء هذا الالتزام (م ٣٧٣ مدني) :

كذلك قد تكون الواقعة المادية مصدرا للحقوق العينية (١) . فالمرت ، وهو واقعة طبيعية ، يفشى للوارث حقا في ملكية نصيبه من أموال مورثه . والاستيلاء على منقول لأمالك له ، وهو واقعة مادية مختلطة ، يترتب عليه كسب ملكية هذا المنقول (م ٨٧٠ مدني) : والاتصاق ، وهو اتحاد أو اندماج شيئين اندماجا ماديا سواء كان ذلك بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان ، يترتب عليه أن يكسب مالك الشيء الأصل ملكية الشيء الذي التصق به : ومثل الاتصاق بفعل الطبيعة ، وهو الذي يقال له الاتصاق الطبيعي ، أن تزيد مساحة الأرض بتراكم العظمى الذي يجليه النهر إلى جوارها ، فتصبح الزيادة ملكا لصاحب الأرض (م ٩١٨ مدني) : ومثل الاتصاق بفعل الإنسان ، وهو الذي يقال له الاتصاق الصناعي ، أن يبني شخص في أرض الغير ، فيصبح البناء ملكا لصاحب الأرض على أن يدفع للباني تعويضا يختلف مقداره بحسب ما إذا كان الباني سيئ النية أم حسن النية (م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني) : والشفعة واقعة مركبة كما سبق أن رأينا ، وهي سبب لكسب الملكية والانتفاع والحكر : والحيازة واقعة مادية مختلطة ، فيها يختلط وضع اليد المادي بنية التصك ، ولكن العنصر المادي هو الغالب ، ولذلك تعتبر الحيازة من قبيل الوقائع المادية . ويترتب عليها إمكان كسب ملكية العقار إذا استمرت مدة معينة يختلف مقدارها بحسب ما إذا كانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح أم لم تكن كذلك (م ٩٦٨ و ٩٦٩ مدني) . كما يترتب عليها كسب ملكية المنقول في الحال إذا كانت مقترنة بحسن النية ومستندة إلى سبب صحيح (م ٩٧٦ مدني) .

وقد تكون مصدرا للحقوق المعنوية : فالخلق الذهني واقعة مادية من فعل الإنسان كما قلنا ، ويترتب عليه ثبوت حق الشخص على إنتاجه الذهني سواء من الناحية الأدبية أو من الناحية المالية .

(١) راجع كتابنا في حق الملكية العامة لقرة ٢٣٧ وما بعدها .

الفصل الثاني

التصرف القانوني

٤١٨ - تعريف أهمية التصرف القانوني :

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين . فالتصرف في جوهره إرادة ، وآثاره تحددها هذه الإرادة . وبذلك يتميز التصرف عن الواقعة المادية ، فهذه الواقعة مادية في جوهرها ولوحصل في بعض الصور أن تدخلت الإرادة في وجودها ، وآثارها يحددها القانون بصرف النظر عن الإرادة إذا كانت هناك نية إرادة .

والتصرف القانوني إما أن يتخذ بتوافق إرادتين ، وهذا هو العقد ؛ وهو أهم صورة للتصرف في الحياة العملية . ومثله عقد البيع ، فهو يتخذ بتوافق إرادتي البائع والمشتري ، حيث تتجه إرادة البائع إلى نقل ملكية المبيع ، وتتجه إرادة المشتري إلى الالتزام بالتبئ . وإما أن يتخذ بإرادة واحدة ، وهذا هو التصرف بإرادة منفردة : ومثله الوصية ، فهي تتخذ بإرادة الموصي وحدها دون حاجة إلى قبول الموصى له كي يتم هذا الاتعقاد ، وفيها تتجه إرادة الموصي إلى تمليك الموصى له الشيء الموصى به تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت .

وقد ظفر التصرف القانوني باهتمام بالغ أدى إلى وضع نظرية عامة برتد إليها في صورة مختلفة . وقد وردت هذه النظرية في بعض التشريعات ، أو لما التقنين الألماني الذي طبق في سنة ١٩٠٠ ، ثم سار على هذا النهج كثير من التشريعات الحديثة .

وكان هذا الاهتمام موجها في أول الأمر إلى العقد باعتباره أهم التصرفات القانونية . ولذلك فإن كثيرا من التشريعات ، ومن بينها التقنين المصري ، قد ذكر أحكام التصرف القانوني بمناسبة تنظيمه للعقد :

وستعرض بإيجاز أنواع التصرف القانوني وشروطه وآثاره .

الفرع الأول أنواع التصرف القانوني

٤١٩ - تفسيرات متعددة :

للتصرف القانوني تفسيرات عديدة بحسب الوجهة التي ينظر إليه من خلالها .
فهو ينقسم من حيث الأثر الذي يعود على من أبرمه إلى تصرف نافع فعلا محضا
وتصرف ضار ضار محضا وتصرف دأثر بين النفع والضرر . وقد سبق أن عرضنا لهذا
التقسيم في كلامنا على الأهلية (١) ، ورأينا ما له من أهمية بالغة فيما يتعلق بأهلية الشخص
للتصرف في ماله إذا كان قاصرا أو أصابه عارض من عوارض الأهلية ، وكذلك فيما
يتعلق بأحكام الولاية على المال .

ويقرب من هذا التقسيم تقسيم التصرف القانوني إلى تصرف يعوض *acte à titre onéreux* أى معاوضة ، وتصرف بدون عوض *acte à titre gratuit* أى تبرع . فالأول
هو الذى يأخذ فيه المتصرف مقابلا لأعطائه كالبيع والإيجار ، والثانى هو الذى يعطى فيه
المتصرف ولا يأخذ كالمبة والوصية : ولهذا التقسيم أهميته فيما يتعلق بأحكام الدعوة البولصية
(م ٢٣٨ مدنى) ، وهى دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين الضارة فى حق الدائن . فإذا
كان تصرف المدين يعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون متطويا على غش
من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . أما إذا كان التصرف
تبرعا فإنه لا ينفذ فى حق الدائن ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا وكان من صلح له
التبرع حسن النية :

وينقسم التصرف القانوني كذلك من حيث الوقت الذى تترتب فيه آثاره إلى تصرف
فيما بين الأحياء *acte entre vifs* ، وتصرف مضاف إلى ما بعد الموت *acte à cause de mort* : فالأول هو الذى تترتب آثاره حال حياة صاحبه أو أطرافه بحيث لا يكون

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٣٠٢ .

ترتيبه لهذه الآثار رهينا بموته أو بموتهم ، كالمبة والبيع والإيجار . والثاني هو الذي لا ينتج آثاره إلا بعد موت صاحبه ، كالوصية ، فهي لا تنتج أثرها في نقل الحق الموصى به إلا بعد موت الموصى . وتبدو أهمية هذا التقسيم من وجهين : الأول أن التصرف المضاف إلى ما بعد الموت يكون تصرفا غير لازم ، بمعنى أنه يجوز للموصى أن يصر على وصيه أو يرجع عنها حال حياته (م ١٨ من قانون الوصية) ، ويجوز للموصى له أن يقبلها أو يردّها بعد موت الموصى (م ٢٠ من قانون الوصية) . والثاني أن من يرم هذا التصرف تكون حريته مقيدة في تصرفه حتى لا يضر بما لورثته من حقوق في أمواله ، حيث جعل الشارع القدر الذي تنفذ فيه الوصية من غير حاجة إلى إجازة الورثة هوثل التركة ، أما فيما يزيد على هذا الثلث فلا تنفذ الوصية إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى (م ٣٧ من قانون الوصية) ٥

وهناك تقسيان آخران على جانب من الأهمية تناولهما فيما يلي : الأول هو تقسيم التصرف إلى تصرف صادر من جانب واحد وتصرف صادر من جانبين . والثاني تقسيمه إلى تصرف منتهي* وتصرف كاشف أو مقرر :

٤٣٠ - التصرف الصادر من جانب واحد والتصرف الصادر من جانبين :

هذا تقسيم للتصرف القانوني من حيث تكوينه . فقد يتم التصرف بإرادة منفردة ، حيث يرمه شخص واحد يعمل بوصف واحد (١) ، فيقال له تصرف صادر من جانب واحد . acte unilatéral . ومن أمثله الوصية تنعقد بإرادة الموصى وحده ، والوقف يتم بإرادة الواقف ، والإبراء من الدين يتم بإرادة الدائن وحده ، والنزول عن الحق المعيني يتم بإرادة صاحب الحق كالنزل المتطعم عن حقه في الانتفاع أو نزل مالك العقار المرتفق من حق الارتفاق ، والواعد بمأثرة الموجه إلى الجمهور حيث يلتزم الواعد بمجرد إعلان إرادته على الجمهور بأن يقدم المجاورة لمن يقوم بالعمل المطلوب خلال المدة المحددة . وقد يلزم لإنشاء

(١) فلا يكون تصرفا بإرادة منفردة ذلك الذي يرمه شخص واحد يمثل بوصفين مختلفين ، كما في حالة تملك الشخص مع نفسه باسم من يتوب عنه ، إذ أن هذا يعتبر خطأ .

التصرف توافق لإرادتين أو أكثر ، حيث يبرمه طرفان ، فيقال له تصرف صادر من جانبيين *actebilateral* : وهذا هو المقدر : ومن أمثله عقود البيع والإيجار والعمل والوديعة والتأمين والكفالة :

والعقد هو الصورة الأكثر وقوعاً في الحياة العملية للتصرف القانوني ، وآثاره تترتب بإرادة الطرفين على النحو الذي يريدانه ، فهي لا تقع تحت حصر ولا يقيدتها إلا أن تكون غير مخالفة للنظام العام والآداب . إذ في هذا المجال يستطيع كل من الطرفين أن يلزم نفسه نحو الآخر بإرادته . أما التصرف بإرادة منفردة فآثاره محدودة نظراً إلى أن الشخص لا يستطيع أن يلزم غيره بإرادته وحدها :

٤٢١ - التصرف المنشيء والتصرف الكاشف أو المقرر :

يقوم هذا التقسيم على مدى أثر التصرف القانوني في الحقوق . فقد يكون هذا الأثر إنشاء للحق ، وقد يكون كشفاً أو تقريراً له :

فالتصرف المنشيء *acte constitutif* هو الذي ينشئ الحق ابتداءً أو انتقالاً من شخص آخر . إذ في الحالين يكون للتصرف أثر منشيء بالنسبة إلى من كسب الحق ، حيث يكسبه حقاً لم يكن له من قبل (١) . فعقد الزواج ينشئ لكل من الزوجين نحو الآخر حقوقاً مبتدأة ، بمعنى أنها لم تكن موجودة من قبل : وعقد البيع ينشئ للبائع الحق في الثمن وينقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري : وعقد المقايضة ينقل إلى كل من الطرفين حقاً كان ثابتاً من قبل للطرف الآخر :

أما التصرف الكاشف أو المقرر *acte déclaratif* فلا يكسب الشخص حقاً لم يكن له من قبل ، وإنما يتناول حقاً للشخص كان موجوداً من قبل بمقتضى مصدر آخر ، فيخلصه من أوضاع كانت تحده من فاعليته أو تشوب تحديده :

(١) كثيراً ما يطلق لفقه التصرف المنشيء على التصرف الذي ينشئ الحق ابتداءً ، ويطلق التصرف *acte translatif* على التصرف الذي ينقل الحق من شخص إلى آخر . ولكن في مجال المقارنة بالتصرف الكاشف أو المقرر يكون المقابل لهذا التصرف هو التصرف المنشيء بالحق الذي ذكرناه في فقرة ٤٢٠ ، أي التصرف الذي ينشئ الحق ابتداءً أو انتقالاً من شخص آخر .

فالمصلحة تصرف كاشفت ، إذ أنه عقد لا ينقل الحق الذى كان محلا للنزاع مع أحد المتصلحين إلى الآخر ، وإنما يحسم هذا النزاع بأن ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه معترفا للآخر ببعض ما يدعيه ، وبذلك يكسب الحق المعترف به تأكيده لم يتوفر له عندما كان محلا للنزاع :

وقسمة المال الشائع تصرف كاشفت كذلك ، فهى لا تنقل إلى المتقاسم حقا جديدا ، وإنما تكشف عن حق ثابت له منذ بدء الشبوع ، وذلك بالإفراز . فإذا فرضنا أن كان المال الشائع قطعة أرض ورثها الشركاء ، فإن الميراث يكون هو مصدر حق الشريك فى هذه الأرض ، فإذا تمت القسمة بين الورثة فاختص كل منهم بجزء مفرز من هذه الأرض بقى الميراث هو مصدر حق كل منهم على الجزء المفرز الذى اختص به ، واقتصر أثر القسمة على تحويل الملكية الشائعة إلى ملكية مفرزة . فبعد أن كان حق الشريك حصة شائعة فى المال الشائع كله فى حدود نسبة معينة كالثلث أو الربع مثلا ، فإنه يصبح بالقسمة ملكية مفرزة ترد على جزء يختص به المتقاسم دون غيره ، وهذا هو الأثر الكاشف للقسمة (١) .

ويتضح من هذا أن التصرف الكاشف ، وإن كان لا يكسب الشخص حقا لم يكن له من قبل ، إلا أنه يحدث جديدا فى الأوضاع القانونية القائمة .

وتظهر أهمية هذه التفرقة بين التصرف المنشئ* والتصرف الكاشف فى نواح عديدة نخص بالذكر منها التسجيل . ذلك أن القانون يوجب تسجيل التصرفات التى ترد على حقوق عينية أصلية عقارية ، ولكنه يفرق فى هذا الصدد بين التصرفات للمنشئة والتصرفات الكاشفة . فالتصرفات المنشئة يجب تسجيلها لكي تحدث أثرها فى الحق الذى ترد عليه سواء فيما بين أصحاب الشأن أو بالنسبة إلى الغير (م ٩ من قانون الشهر العقارى) : أما التصرفات الكاشفة فيجب تسجيلها لكي تكون حجة على الغير فحسب (م ١٠/١ من قانون الشهر العقارى) . فتقديم العقار ، وهو تصرف منشئ* ، لا يترتب عليه انتقال ملكية العقار من البائع إلى المشتري سواء فيما بين المتعاقدين أو

(١) انظر فى هذا الخصوص : كتابنا فى حق الملكية ، الطبعة الثانية فقرة ١٥٣ وما بعدها .

بالنسبة إلى الغير إلا مع وقت تسجيله ، وإلى أن يتم هذا التسجيل بظل البائع مالكا للعقار ويقتصر أثر العقد على إنشاء حقوق شخصية بين المتعاقدين . بينا القسمة العقارية ، وهي تصرف كاشف ، يترتب عليها بمجرد حصولها وقبل تمام التسجيل أن يعتبر المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء الذى وقع فى نصيبه ، ولكن لا يجوز الاحتجاج على الغير بهذه الملكية المفرزة إلا بعد تسجيل القسمة ، فإذا باع أحد الشركاء نصيبه شائعا فى العقار وسجل المشتري عقده قبل تسجيل عقد القسمة فإن هذه القسمة لا تكون حجة عليه ، بحيث يحق له إذا لم يقبلها أن يطلب إجراء قسمة جديدة ، أما إذا كان تسجيل القسمة سابقا على تسجيل البيع فإن القسمة تكون حجة على المشتري .

الفرع الثانى

شروط التصرف القانونى

٤٢٢ - بيان الشروط والجزاء الذى يترتب على تخلفها :

يخضع التصرف القانونى لنوعين من الشروط : شروط الانعقاد ، وهى أركان التصرف ، وشروط الصحة .

شروط انعقاد التصرف ، أى أركانه ، هى الشروط اللازمة لوجوده ، وهى الإرادة والمحل والسبب ، وكذلك الشكلية فى بعض التصرفات . أما شروط صحة التصرف فهى الشروط اللازمة لكي يستقر التصرف وترتب عليه آثاره بصفة نهائية ، وهى الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب .

وهذه الشروط جميعها ، سواء ما تعلق منها بانعقاد التصرف وما تعلق بصحته ، تدور كلها حول الإرادة . فشروط انعقاد التصرف هى الشروط التى يجب توافرها حتى تعتبر الإرادة موجودة قانونا . وشروط صحة التصرف هى الشروط اللازمة لكي تكون الإرادة سليمة :

ويتضح من هذا ما رأيناه من أن الإرادة هي قوام التصرف ، أى أنها ركنه وجوهره . ومن ثم فإن المحل والسبب يعتبران من عناصر الإرادة ، لأن الإرادة المعبرة قانونا هي التي تنجى إلى التصرف وهي على هيئة من المحل وملوكة للسبب ، وإلا كانت إرادة غير واعية لا يخفى بها القانون .

والجزء الذى يترتب فى هذا الشأن هو البطلان . فإذا تخلف أحد الأركان كان التصرف باطلا ، وإذا تخلف أحد شروط الصحة كان التصرف قابلا للإبطال . ومن هذا نتكلم فى أركان التصرف ، ثم فى شروط صحته ، ثم فى البطلان :

٤٢٣ - أركان التصرف :

أركان التصرف هي كما قلنا الإرادة والمحل والسبب ، وقد يفرض القانون أن يكون التعبير عن الإرادة فى شكل معين ، وفى هذه الحالة تكون الشكلية ركنا فى التصرف كذلك ، وسنعرض لهذه الأركان فيما يلى :

أولا : الإرادة : هذه هي ركن التصرف وجوهره كما قلنا . وقد رأينا أن التصرف قد ينشأ بإرادة واحدة ، وهذه هي الحال فى التصرفات الانفرادية الصادرة من جانب واحد ، كما فى الوصية والوقف والإبراء من الدين والنزول عن الحق العهنى والوعد بمجازة الوجه إلى الجمهور . وقد يلزم لإنشاء التصرف توافق إرادتين ، فيتحقق هذا التوافق بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ويكون ذلك فى العقد ، كالبيع والإيجار والعارية والوكالة .

ولكن تقوم الإرادة *volonté* لها بدورها فى التصرف يجب أن توجد قانونا ، وأن تنجى إلى إحداث أثر قانونى ، وأن يعبر عنها (١) :

فيجب لقيام التصرف أن توجد إرادة لدى من يبرمه . فمعلوم الإرادة لا تصدر من إرادة يمتد بها القانون وتهدر تصرفاته . كما هي الحال فيمنه قد التمييز لصغر السن أو جنون أو عته ، ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ، ومن انعمت إرادته تحت تأثير الإيحاء بالمغناطيسى :

(١) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا فى مصادر الالتزام فقرة ٦٧ وما بعدها .

وإذا وجدت الإرادة فلا يحفل بها القانون إلا إذا اتجهت إلى إحداث أثر قانوني ، فلا عبرة بالإرادة التي لم تتجه إلى إحداث مثل هذا الأثر ، كما في أعمال المحاملات ، وقبول القيام بخدمة مجانية ، والاتفاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة دون أن تنطوي على نية الالتزام :

واتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني هو في ذاته مسألة نفسية لا يبتني بها القانون إلا إذا أعلن عنها ، وذلك بالتعبير عن هذه الإرادة . فالتعبير هو مظهر الإرادة الخارجي المحسوس . وهو إما صريح أو ضمني . فالتعبير الصريح هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة ، أي بوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس . فقد يكون بالفاظ يؤديها اللسان مباشرة ، أو يؤديها بالواسطة كما يحصل عند الاتصال بالتليفون ، وقد يكون بالكتابة في أية صورة من صورها . وقد يكون بالإشارة المتداولة عرفاً بحيث يتواضع الناس على معنى خاص لها ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول : وقد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على المعنى المقصود ، كأن يعرض تاجر بضاعته على الجمهور مع بيان ثمنها : والتعبير الضمني هو الذي يبنى من الإرادة بطريقة غير مباشرة ، أي بوسيلة لا تتفق والمألوف بين الناس في الكشف عن هذه الإرادة ، ولكن يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال . مثل ذلك أن يبيع شخص شيئاً عرض عليه لكي يشتريه ، إذ أن هذا التصرف يدل على قبوله الشراء :

ثانياً : المحل : المقصود بالمحل objet هو الأثر القانوني الذي تتجه إليه الإرادة : وأثر التصرف هو إنشاء حق أو التزام . ومن ثم فلا التزام محل ولا تصرف محل آخر .

فحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن : وهو إما إعطاء شيء ، أو عمل إيجابى غير الإعطاء ، أو امتناع عن عمل : فيجب لوجود التصرف أن تتجه الإرادة إلى إنشاء حق أو التزام محله ممكن ومعين ومشروع : ونحيل فيما يتعلق بهذه الشروط على ما سبق أن ذكرناه في هذا الشأن عند الكلام في محل الحق (١) .

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٩١ .

ومحل التصرف هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء التصرف : وإذ كان أثر التصرف هو إنشاء التزامات فإن هذه الالتزامات ترى في مجموعها إلى تحقيق العملية القانونية المقصودة من التصرف . فيجب كذلك لوجود التصرف أن تكون هذه العملية القانونية مشروعة . ومثل محل التصرف غير المشروع أن القانون يحرم التعامل في شركة مستقبلية لشخص على قيد الحياة (م ٢/١٣١ مدني) . ومثل ذلك أيضا أن القانون يحرم شراء الحق المتنازع فيه بالنسبة إلى القضاة وأعضاء النيابة إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها (م ٤٧١ مدني) .

ثالثا : السبب : المقصود بالسبب كركن في التصرف هو الغرض من الالتزام وكذلك الباحث إلى التصرف . ذلك أن للالتزام سبب وللتصرف سبب آخر :

فسبب الالتزام هو الغرض المباشر المحدد الذي يقصد المتزم إليه من وراء التزامه . فمثلا في عقد البيع يلتزم البائع بنقل الملكية ويكون غرضه المباشر من هذا الالتزام هو حصوله على الثمن ، كما يلتزم المشتري بدفع الثمن ويكون غرضه المباشر من ذلك هو حصوله على المبيع . ويشترط لوجود التصرف أن يكون سبب الالتزام بهذا المعنى موجودا ومشروعا . ويكون السبب غير موجود إذا تصرف الشخص وهو على بينة من أن السبب غير موجود ، كان يكره أحد المتعاقدين على التوقيع على تعهد بدين وهو غير مدين ، إذ في هذه الحالة لا يوجد للالتزام سبب ، فيكون العقد باطلا لانعدام السبب . ويكون السبب غير مشروع إذا كان يخالف النظام العام أو الآداب ، كأن يتعهد شخص بارتكاب جريمة في مقابل دفع مبلغ من النقود .

وسبب التصرف هو الباحث النافع إلى التصرف . ويجب لوجود التصرف أن يكون هذا الباحث مشروعا ، أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب . ومثل الباحث غير المشروع أن تعهد هبة ويكون الباحث عليها بإيجاد علاقة جنسية غير شرعية : إنما يشترط لبطالان التصرف في هذه الحالة أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا الباحث ضامنا لاستقرار التعامل (١) :

(١) انظر في تفصيل ذلك كتابنا في مصادر الالتزام فقرة ١٢٨ وما بعدها .

رابعا : استثناء : الشكلية : القاعدة اليوم هي رضائية التصرفات القانونية . أى
أن الإرادة وحدها تكفى لانعقاد التصرف ، كما هي الحال فى البيع والإيجار وغيرهما من
التصرفات الرضائية . فليس هناك مظهر خاص يتحتم أن يتخذ التعبير عن الإرادة ،
إذ القاعدة فى التعبير أنه لا يخضع لشكل ما . وهذا هو مقتضى مبدأ الرضائية : فالمتصرف
يفصح عن إرادته بالوسيلة التى تملو له ، ولا يهتم بعد ذلك نوع هذه الوسيلة ما دام
أنها تعبر عن الإرادة . ومن هذا رأينا أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحا أو ضمنيا ،
غير أن القانون قد يتطلب أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغا فى شكل خاص .
وهذه الشكلية قد تكون كتابة رسمية ، كما هي الحال فى عقد الحية (م ٤٨٨ مدنى) وعقد
الرهن الرسمى (م ١٠٣١ مدنى) ، حيث يستلزم القانون لانعقادهما أن يتأ بورقة رسمية ،
أى بورقة يقوم بتحريرها موظف مختص هو الموثق . وقد تكون الشكلية كتابة عرقية ،
كما هي الحال فى عقد ترتيب إيراد مدى الحياة إذا كان بعوض (م ٤٧٣ مدنى)
وعقد الشركة المدنية (م ٥٠٧ مدنى) : ففي مثل هذه الحالات تكون الشكلية ركنا
لازما لانعقاد التصرف . ولكنها شكلية فرضها القانون استثناء لفرض يتصل بالصالح
العام ، هو فى الغالب حماية المتصرف بتنبهه إلى خطورة ما هو مقدم عليه .

ونجب التفرقة بين الشكلية وطريقة الشهر وطريقة الإثبات .

فإذا استلزم الشارع كتابة رسمية أو عرقية لوجود التصرف ، كما هو واضح
بما ذكرنا ، كانت هذه الكتابة شكلية مطلوبة لانعقاد ، فإذا تخلفت لا ينعقد التصرف ،
أى يكون باطلا .

والشهر له طريقان : الأول هو التسجيل ، ويكون بالنسبة إلى التصرفات التى
تتعلق بحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ، وبعض الحقوق الشخصية التى ورد
النص عليها . والثانى هو القيد ، ويكون بالنسبة إلى التصرفات التى تتعلق بحق من
الحقوق العينية العقارية التبعية . وقد أوجبهما القانون للإعلان والشهر . والجزء الذى
يترتب على عدم الشهر هو أن تعطل بعض آثار التصرف . فبيع العقار الذى لم يشهر
ينعقد وترتب آثاره ، وذلك فيما عدا انتقال الملكية ، إذ أن هذا الانتقال لا يصحقه
إلا بهتمام التسجيل ، والرهن الرسمى الذى لم يشهر ينعقد ويتبع آثاره فيما بين المتعاقدين ،

ولكن لا يصرى في حق الغير إلا بتمام التقيد. والشارع إذ يفرض الشهر على هذا النحو لا يفعل ذلك تعنتا ولا رغبة في التقيد ، وإنما مراعاة للصالح العام الذى يتطلب العلانية في بعض التصرفات الهامة لتأمين المعاملات :

وإذا تطلب القانون كتابة لإثبات التصرف ، كما هي الحال بالنسبة إلى التصرف الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات (م ٤٠٠ مدنى) ، فإن عدم توفر هذه الكتابة لا أثر له على وجود التصرف قانونا : إذ يمكن إثبات مثل هذا التصرف بالإقرار أو اليمين . والشارع في اشتراطه الكتابة لإثبات التصرفات إنما يرمى إلى توفير وسيلة تكون أضمن من الإثبات في الدلالة على وجود التصرف حتى يكون التعامل على أساس أمين .

٤٢٤ - شروط صحة التصرف :

رأينا أن شروط صحة التصرف هي الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب : ونتناول هذه الشروط فيما يلي :

أولا : الأهلية : يجب لصحة التصرف ؛ أى لكي يستقر وتترتب عليه آثاره بصفة نهائية ، أن يكون صادرا من شخص كامل الأهلية لإبرامه .

فإذا كان الشخص فاقد الأهلية لمباشرة التصرف كان هذا راجعا إلى فقدان الإرادة ، وفي هذه الحالة يتخلف ركن الإرادة ، فلا ينقذ التصرف .

أما إذا كان المصرف ناقص الأهلية فإن الإرادة تكون موجودة ؛ ولكنها تعتبر إرادة قاصرة في نظر القانون . فالذى يحول دون صحة التصرف في هذه الحالة هو نقص الأهلية بسبب قصور الإرادة . وحينئذ يكون التصرف قابلا للإبطال ، فإذا قضى بإبطاله زال كآنه لم يكن ، وإذا أجازته من له الولاية على مال المصرف بعد زوال سبب نقص الأهلية صح نهائيا : ونحيل هنا على ما سبق أن فصلناه في كلامنا عن الأهلية .

ثانيا : سلامة الإرادة من العيوب : يجب كذلك لصحة التصرف أن تكون إرادة المصرف سليمة :

وهناك فارق بين إرادة غير موجودة وإرادة معينة : فعلم وجود الإرادة معناه أن من باشر التصرف كان فاقد الإرادة ، أو أن إرادته لم تنبج إلى إحداث أثر قانوني ، وفي كلا الحالتين يتخلف ركن التصرف فيقع باطلا كما ذكرنا في كلامنا عن أركان التصرف .

أما الإرادة المعينة فهي إرادة موجودة ، ولكنها لم تصدر عن بينة واختيار ، ولذلك فهي لا تحول دون انعقاد التصرف ؛ إنما يكون لمن حيث إرادته أن يطلب إبطال هذا التصرف ، أي يكون التصرف قابلا للإبطال .

وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

فالغلط l'erreur وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته ويكون هو الدافع إلى التصرف : كأن يشتري شخص تمثالا يعتقد أنه أثري وهو ليس كذلك ، أو يشارك شخصاً بحسبه قريبا له فيتين أنه أجنبي .

والتدليس le dol هو استعمال حيلة توقع الشخص في غلط يدفعه إلى التصرف : كأن يظهر شخص بمظهر اليسار على غير الحقيقة ويتحلل لثمه صفات يكون من شأنها أن تخدع المتعاقدين .

والإكراه Violence هو العمل الذي يبعث في نفس الشخص رهبة تحمله على التصرف . كما في تهديد شخص بخطف ولده أو بإثارة فضيحة لحمله على دفع مبلغ من النقود .

والاستغلال l'exploitation يعحق إذا كانت التزامات المتصرف لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب التصرف ، وتبين أن المتصرف المغبون لم يبرم التصرف إلا لأن الطرف الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جماعا . كأن يرث شاب مالا كثيرا فيستغل فيه المراهبون نزقه وطيشه ويحصلون منه على عقود تودى بأمواله . أو يتزوج رجل طاعن في السن امرأة في مقتبل العمر تستغل هواه فتجعله يبرم لصالحها ولصالح أولادها عقودا يؤثرهم بها على زوجة أخرى وأولاد آخرين :

٤٢٥ - البطون :

البطلان *la nullité* هو الجزء الذى فرضه القانون على عدم توفر ركن من أركان التصرف أو شرط من شروط صحة . وهو عبارة عن انعدام أثر التصرف بالنسبة إلى المتصرف وبالنسبة إلى الغير :

فقد رأينا أن أركان التصرف هى الإرادة والمحل والسبب ، وكذلك الشكل فى التصرفات الشكلية ، ومن ثم يقع التصرف باطلا فى الحالات الآتية : إذا أبرمه شخص فاقد الأهلية ، وإذا انعدمت فيه الإرادة أو المحل أو السبب ، أو إذا لم يتوافر فى المحل أو السبب شروط الجوهرية ، وإذا اشترط القانون فيه شكلا لانعدام ولم يتوافر هذا الشكل . وإذا ورد فى القانون نص خاص على البطلان ، كما فى حالة اشتراط المدة لانعدام الوعد بالتعاقد (م ١/١٠١ مدنى) :

والتصرف الباطل لا وجود له شرعا ، فلا ينتج آثارا ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، والمحكمة أن تقضى ببطلانه من تلقاء نفسها ، ولا نصح إجازته ، ولا يرد عليه تقادم .

ورأينا أن شروط صحة التصرف هى الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب . وعليه يقع التصرف قابلا للإبطال فى الحالات الآتية : إذا كان المتصرف ناقص الأهلية . وإذا شاب الإرادة خلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . وإذا ورد فى القانون نص خاص يقضى بأن التصرف قابل للإبطال ، كما فى حالة بيع ملك الغير (م ٤٦٦ مدنى) . والتصرف القابل للإبطال ينشأ صحيحا ومتنجا لآثاره ، إنما يكون للمتصرف الذى شرع الإبطال لمصلحته لأن أهليته ناقصة أو إرادته معيبة أن يطلب إبطاله ، وله أن يميزه ، وإذا سكت مدة معينة سقط حقه فى طلب الإبطال بالتقادم :

الفرع الثالث

آثار التصرف القانوني

٤٣٦ - آثار التصرف القانوني :

يعتبر التصرف القانوني مصدرا لكثير من الحقوق :
من ذلك أنه قد يكون مصدرا لحقوق الأسرة . فعقد الزواج تصرف قانوني
يولد حقوق أسرة فيما بين الزوجين :

وقد يترتب عليه إنشاء الحقوق الشخصية . فعقد البيع مثلا ، وهو تصرف ينتقد
بإرادتين ، ينشئ* التزاما على البائع بنقل الملكية والتزاما على المشتري بدفع الثمن .
وعقد الحوالة ، وهو تصرف بين الدائن وشخص آخر ، ينقل حق الدائن المحيل الذي
له في ذمة المدين إلى المحال إليه (م ٣٠٣ مدني) . والوعد بمجازة ، وهو تصرف بإرادة
مفردة ، يولد التزاما في ذمة الواعد :

وقد يكسب الحقوق العينية : مثل ذلك أن عقد البيع يترتب عليه انتقال ملكية
المبيع إلى المشتري ؛ والوصية ، وهي تصرف بإرادة مفردة ، تنقل المال الموصى به
إلى ملك الموصى له عند وفاة الموصى .

كذلك قد يؤدي التصرف إلى انقضاء الحق : ومن الأمثلة على ذلك بالنسبة إلى
الحق الشخصي الوفاء ، فهو تصرف ينقضي به الدين ، وقد رأينا أنه واقعة مختلطة
تجمع بين تسليم الشيء الواجب أدائه وهو عنصر مادي ، وبين الاتفاق على قضاء الدين
وهو عنصر إرادي ، ولكن العنصر الإرادي هو الغالب ، ولذلك يعتبر من قبيل
التصرفات القانونية . كذلك اتفاق الدائن والمدين على تجديد الالتزام بتغيير الدين ،
فهو تصرف يتفق فيه الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلي التزاما جديدا ، فيترتب
عليه انقضاء الالتزام الأصلي (م ٣٥٢ مدني) . والإبراء من الدين تصرف يتم بإرادة
الدائن المفردة ، فيترتب عليه انقضاء الدين (م ٣٧١ مدني) : كذلك قد ينقضي الحق

العيني بنزول صاحبه منه ، وهو تصرف بإرادة منفردة ، كما لو نزل المستغ أو صاحب حق الارتفاق عن حقه :

وقد تترتب على التصرف آثار أخرى غير كسب الحقوق وانقضاها . فقد يؤدي التصرف إلى تصحيح تصرف آخر قابل للإبطال ، كما في حالة إجازة عقد قابل للإبطال بسبب نقص في الأهلية أو عيب في الإرادة ، إذ هي تصرف يتعقد بإرادة الهيز المنفردة ، ويترتب عليها أن يصبح العقد صحيحا بصفة نهائية . وقد يؤدي إلى تأكيد حق ثابت من قبل ببحث يصبح غير قابل للنقض ، كقبول الموصى له الوصية ، إذ أنه تصرف بإرادة منفردة يؤكد الحق الناشئ من الوصية : وقد يترتب عليه إنشاء شخص اعتباري ، كما في حالة اتفاق جماعة من الأشخاص على إنشاء شركة أو جمعية ، أو قيام شخص أو أكثر بإنشاء مؤسسة بمقتضى سند رسمي أو وصية . إلى غير ذلك من الآثار التي يضيق المقام عن إحصائها :

٤٢٧ - دور الإرادة في التصرف القانوني : مبدأ سلطان الإرادة وميوره :

رأينا أن الإرادة هي قوام التصرف القانوني : ففي هذا المجال يقوم مبدأ سلطان الإرادة ويراد به أن الإرادة قادرة على أن تنشئ التصرف القانوني ، وتحدد الآثار التي تترتب عليه : فهو مبدأ ذو شقين : يتعلق الشق الأول منه بالشكل ، وهو عبارة عن مبدأ الرضاية الذي يجعل الإرادة وحدها ، مجردة عن أية شكلية ، كافية لإنشاء التصرف : فكل ما هو مطلوب أن يصدر تعبير عن الإرادة ، وهذا التعبير يكون بأية صورة كما فصلنا فيما تقدم :

ويتعلق الشق الثاني بالموضوع ، ومقتضاه أن تكون الإرادة كذلك صاحبة السلطان في تحديد آثار التصرف .

وقد نص الشارع على النتيجة التي تترتب على هذا المبدأ في المادة ١٤٧ فقرة أولى من القنين المدني التي تقول إن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون » .

غير أن سلطان الإرادة في هذا المجال ليس مطلقا، بل ترد عليه قيود تحيط بمبدأ سلطان الإرادة في شطريه :

(١) فالرضائية ، وهي كفاية الإرادة لإنشاء التصرف ، ترد عليها قيود آتية من الشكلية التي يقرها القانون بالنسبة إلى بعض التصرفات ، ومن القواعد التي تتعلق بالشهر ، وتلك التي تتعلق بالإثبات :

فهناك تصرفات شكلية تجب فيها الكتابة للاعتماد كما قلنا : إننا نلاحظ ما قلناه من أن هذه الشكلية مقررة استثناء لمصلحة يحرص الشارع على حمايتها ، وهي في الغالب هنا مصلحة المتصرف نفسه .

والشهر يوجه القانون بالنسبة إلى التصرفات التي تتعلق بالحقوق العينية المقاربية وبعض الحقوق الشخصية ، وهو ليس في حقيقة شكلية كما قلنا ، ولكنه يعتبر من الناحية العملية قيودا على الإرادة قرره الشارع لحماية الغير الحسن النية .

كذلك الكتابة الواجبة في الإثبات ، فهي ليست شكلية مطلوبة لانعقاد التصرف كما ذكرنا ، ولكنها مع ذلك تعتبر من الناحية العملية قيودا على الإرادة ، لأن تخلفها قد يؤدي إلى ضياع الحق ، وذلك إذا لم يقم الإثبات بالإقرار أو البعينة .

(٢) وقدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف ، وهي الشرط الآخر من المبدأ ، ترد عليها أيضا قيود لما خطرها :

فتمه تصرفات يكاد يتعلم دور الإرادة في تحديد آثارها القانونية ، بحيث يقتصر هذا الدور على قبول الدخول في العلاقة القانونية على النحو الذي ينظمه القانون ، كما هي الحال بالنسبة إلى عقد الزواج الذي يستقل القانون بتحديد أحكامه .

وهناك قيد رئيسي وهام يرد في هذا الشأن ، وهو قيد النظام العام والآداب ، إذ يمنع على الإرادة أن تتجه في تعديلها لآثار التصرف إلى ما يخالفهما . وفكرة النظام العام فكرة مرنة كما فصلنا فيما تقدم (١) ، فهي تضيق وتوسع تبعا للأفكار السائدة في المجتمع ، حيث تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية ، وتوسع في ظل المذاهب الاشتراكية ،

وقد تقلص المذهب الفردى اليوم وأخذ المذهب الاشتراكى ينتشر بصورة متزايدة إلى جانب نظريات اجتماعية تنادى بالتضامن الاجتماعى : وظهر أثر ذلك فى ميثاقنا الوطنى وفى الدستور وفى التشريعات العادية : فالميثاق (الباب السادس) والدستور (م ٩٦ و ٩٧) يعتبران النظام الإشتراكى والتضامن الاجتماعى من المقومات الأساسية للمجتمع . وتطبيقا للملك أخذ الشارع يتدخل فى العقد بنصوص أمرة جعلتها تقترب من مرحلة التصرف الموجه ، وذلك مراعاة للصالح العام وحماية للجانب الضعيف فى العقد ، كما هى الحال فى عقد العمل وعقد الإيجار وتحديد أسعار السلع الضرورية للشعب :

وفضلا عن ذلك فإن القانون يحد فى بعض الحالات من مدى تنفيذ التصرف على النحو الذى قصدت إليه الإرادة : ففى هذه الحالات يتم تحديد مضمون التصرف تحديدا صحيحا بمقتضى الإرادة ، ومع ذلك فإن آثاره لا تنفذ على النحو الذى ارتضته هذه الإرادة .

من ذلك ما يعرف بنظرية الحوادث الطارئة ، فبعد أن نصت المادة ١٤٧ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى على أن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التى يقررها القانون » ، أضافت فى فقرتها الثانية ما يأتى : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين يهلده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك » . مثل ذلك أن يعهد شخص بتوريد سلعة ، ثم يحصل قبل حلول ميعاد التوريد أن يرتفع ثمن هذه السلعة إلى ثمانية أضعاف ثمنها وقت العقد ، وذلك بسبب قيام حرب فجائية أدت إلى تعذر ورودها من الخارج ، فيصبح هذا الشخص مهلدا بخسارة جسيمة تجاوز الحد المألوف فى مثل هذه الحالة ، وحينئذ يجوز للقاضى أن يعدل التزام المدين بحيث يقف به عند الحدود المعقولة ، كأن ينقص الالتزام المرهق أو يزيد الالتزام المقابل أو يقف تنفيذ العقد ريثما يزول أثر الحادث الطارئ .

ومن ذلك أيضا حالة عقود الإذعان ، فقد نصت المادة ١٤٩ من التقنين المدنى

على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقتضى به العدالة » ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . « وعقد الإذعان (١) هو العقد الذى يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضرورى تكون محل احتكار قانونى أو ضلى أو تكون المنافسة محدودة النطاق فى شأنها . ومن أمثله عقد العمل فى الصناعات الكبيرة ، وعقد التأمين بأنواعه المختلفة ، وعقد النقل مع هيئة السكك الحديدية وشركات السيارات العامة وشركات البواخر وشركات الطيران ، وعقد الاشتراك فى المياه والنور والغاز والتليفون ، والتعاقد مع هيئة البريد والتلغراف . وفى هذه العقود يعرض الموجب لإيجابه بصورة قاطعة لا تقبل النقاش ، ولا مفر للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو مرفق من ضرورات الحياة التى لا غنى عنها . فإذا بان للقاضى أن العقد يشتمل على شرط تعسفى كان له بمقتضى هذا النص أن يعدل الشرط بحيث يزول ما فيه من تصف ، بل إن له يعنى الطرف المذعن منه إعفاء تاما ، وليس هناك من حدود لما يراه فى هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة .

(١) يرجع فى هذا الموضوع إلى رسالتنا فى عقود الإذعان ، القاهرة سنة ١٩٤٦ .

الباب الخامس

استعمال الحق

٤٢٨ - تطور فكرة استعمال الحق :

رأينا أن الحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون ، بغية تحقيق مصلحة جذرية بالرعاية : فاستعمال الشخص لحقه إنما يكون بممارسة السلطات التي يخولها هذا الحق ، وهذه السلطات هي التي تكون مضمون الحق. مثل ذلك أن مضمون حق الملكية هو ما يخوله هذا الحق من سلطات استعمال الشيء محل الحق واستغلاله والتصرف فيه :

وقد تطورت فكرة استعمال الحق تبعاً للمذهب السائد فيما يتعلق بموقف القانون من نشاط الأفراد : ففي ظل المذهب الفردي الذي كان سائداً في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر كان لصاحب الحق أن يستعمل حقه على نحو مطلق لا يرد عليه قيد . فقد رأينا أن هذا المذهب يقوم على أساس أن الفرد هو الهدف من تنظيم المجتمع ، وأن له حقوقاً طبيعية سابقة على القانون وعلى المجتمع ، ومن ثم تقتصر وظيفة القانون على التوفيق بين الحقوق الفردية كقالة لوجودها واحترامها معاً. ومقتضى هذا ألا تقيد حرية الفرد في استعماله لحقه ، حيث يعصمه مع المسؤولية أن يكون العمل الذي يأتيه داخلاً في حدود مضمون حقه ، حتى لو ترتب على ذلك ضرر للغير .

وقد ظهرت مساوئ هذه النظرة الفردية لما أدى إليه إطلاق حرية الفرد في استعماله لحقه من ظلم للضعفاء وإضرار بالصالح العام للمجتمع : ولذلك انجبه المذهب الاشتراكي وجهة عكسية ، فهو يقوم على النظر إلى الفرد باعتباره كائناً اجتماعياً ، ومن ثم تكوّن وظيفة القانون هي المحافظة على كيان المجتمع وتسخير الفرد لخدمته، فإذا ما تحققّت مصلحة

المجتمع تحققت من وراء ذلك مصلحة الفرد. حتى ذهب المغالون من أنصار هذا المذهب إلى إنكار فكرة الحق واعتباره مجرد وظيفة اجتماعية :

وعلى هذا النحو كانت المغالاة من جانب كل من المنهيين في النظرة إلى الحق واستعماله. والحقيقة وسط بين هاتين التزعمين المتطرفتين. فلا يجوز أن يكون استعمال الحق مطلقا لما يؤدي إليه من إضرار بالغير وإغفال للصالح العام : ولا يستساغ أن يقتصر الحق على مجرد وظيفة اجتماعية لمصلحة الجماعة ، إذ أن للفرد غايات وأهداف شخصية لا يمكن تجاهلها ويجب أن يكفل القانون تحقيقها في الحدود المعقولة وإلا فقد الفرد كيانه واستقلاله. وكان بين ذلك قوما ، هو أنه لا يجوز التسف في استعمال الحق ، تلك النظرية التي يعتنقها الفقه الحديث وتأخذ بها التشريعات الحديثة ، ومؤداها في الجملة أن يقيد استعمال الحق على نحو يحول دون الإضرار بالغير أو بالصالح العام ، وذلك على الرغم من أن العمل الذي يأتيه صاحب الحق يدخل في حدود مضمون حقه .

٤٢٩ - ظهور نظرية التسف في استعمال الحق ونظورها :

ليست نظرية التسف في استعمال الحق *abus du droit* نظرية حديثة . إنما هي نظرية قديمة عرفها القانون الروماني وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم : وقد ظهرت على نطاق واسع في الفقه الإسلامي حيث ظفرت بصياغة تضارع ما وصلت إليه القوانين الحديثة ، مما جعل الشارع يسترشد في التقنين المدني الحالي بالقواعد التي استقرت في هذا الفقه : وإذا كانت النظرية قد انتكصت تحت تأثير المبادئ الفردية التي عقد لها لواء النصر في أعقاب الثورة الفرنسية ، إلا أنها عادت ترفع رأسها من جديد في ظل المبادئ الاشتراكية : فظهرت في أحكام القضاء منذ أواخر القرن الماضي بصورة تتفق والنظرة الحديثة إلى الحق . وقام فريق من الفقهاء المحدثين بظواهر القضاء في اتجاهه حتى استقرت النظرية في القضاء والفقه ، وأخذت بها التشريعات الحديثة (١) .

(١) انظر م ٢ مدني سويسري و م ٢٢٦ مدني الماني و م ١٣٥ لقضائيات برلوني و م ٢/١٢٩٥
نصاوي والمادة الأولى سوقتي .

وقد انتقلت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين في ظل القانون القديم ، لاسيما وأنها كانت مفصلة في الفقه الإسلامي ، ولم يشتمل التقنين القديم على نص عام في هذا الشأن ، وإنما وردت فيه نصوص تطبيقية :
ولكن التقنين الحالي حتى بالنظرية فوضمها في مكان بارز بين نصوص الباب التمهيدي كي يجعل منها نظرية عامة بالنسبة إلى جميع نواحي القانون (١) :

٤٣٠ - نظام التعسف في استعمال الحق :

لا يقتصر نطاق نظرية التعسف على بعض الحقوق دون البعض الآخر ، فجميع الحقوق يمكن أن يرد عليها التعسف ، ومن ثم فهو غير جازم فيها جميعا .

وهناك رأى يفرق في هذا الشأن بين الحقوق العامة والحقوق الخاصة . فالأولى عبارة عن رخص يعترف بها القانون للناس كافة ، فلا يختص بها شخص دون غيره ، كحرية الرأي وحرية التعاقد وحرية الكتابة وحرية التصافى ، وهذه تخرج عن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق : فإذا انحرف الشخص في إتيان رخصة كان هذا منه خطأ عاديا لا حاجة فيه إلى فكرة التعسف ، حيث تكفي في شأنه قواعد المسؤولية التقصيرية : والثانية هي الحقوق المحددة التي يكسبها الشخص لحماية مصالحه الخاصة ويختص بها دون غيره ، كالحق في ملكية عين أو اقتضاء دين ، وهذه هي التي يرد عليها التعسف : وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يأخذ بها الرأى ، فكان ينص في المادة الخامسة منه على أن « الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره » ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة » : وجاء في المذكرة الإيضاحية تطبقا على هذا النص ما يأتي : « تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة ، وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق : فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحلها ، أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف في ترتيب مسؤولية من يباشرها من الضرر الذى يلحق الغير من

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ١ ص ٢٢١ و ٢٢٢ .

جزاء ذلك . ويقصد بالحق في هذا الصدد كل مكتبة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد ، كحق الشخص في الملكية عين من الأعيان أو حقه في اقتضاء دين من الديون أو حقه في طلاق زوجته : أما ما عدا ذلك من المكتبات التي يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلاً للاختصاص الحاجز فرخص أو إباحات ، كالحريات العامة وما إليها : وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه : ثم حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها (١) .

ويرجع هذا الرأي إلى أن الفقهاء الأقدمين كانوا يقيدون استعمال الرخصة ولا يقيدون استعمال الحق الخاص . فلما ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق تجلت فائدتها في تقييد استعمال الحقوق الخاصة ، أما الرخص فكان من المسلم وجوب تقييدها قبل أن تظهر هذه النظرية . وهذا ليس من شأنه من الناحية العلمية أن يجعل التعسف قاصراً على الحقوق الخاصة ، حيث لا وجه لأن نفرق في هذا الخصوص بين حق التقاضي وحق الملكية مثلاً ، فيعتبر رفع الدعوى لمجرد الكيد والإضرار خطأ عادياً ، بينما يعتبر استعمال حق الملكية للفرض ذاته تعسفاً :

وهناك فريق من الفقهاء كذلك يخرج بعض الحقوق الخاصة من نطاق نظرية التعسف ، بحيث يكون استعمالها خاضعاً لمحض تقدير أصحابها ، فلا يرد على حقهم في هذا الاستعمال قيد يؤدي إلى مسئوليتهم . وهذه الحقوق هي التي يقال لها الحقوق التقديرية ، كحق الشريك على الشيوع في طلب قسمة المال الشائع ، وحق المشترط في نقض الاشتراط لمصلحة الغير ، وحق الإيصاء ، وحق الوصي له في رد الوصية ، والحق في الطلاق ، وقد قبل في تبرير إطلاق استعمالها إن هذا الاستعمال نمحكه دوافع شخصية خالصة يستقل بتقديرها صاحبها ولا يستطيع القاضي أن يناقش هذا التقدير .

ولعل هذا النظر يمثل بقية من النزعة الفردية التي كانت تحول صاحب الحق

سلطة مطلقة في استعمال حقه . ولذلك فإن أصحابها لا يتفقون على تعداد هذه الحقوق ، بل إنهم يسلمون بأن عددها في تناقص مستمر : وليس من المقول في مجتمع يسوده التضامن أن تترك للشخص حرية مطلقة في استعمال حقه بصرف النظر عن الدوافع التي تحده إلى هذا الاستعمال : لا سيما وأن النص الوارد في التفتين المصري في شأن التصف نص مطلق من كل قيد ، فهو ينصرف إلى جميع الحقوق دون تمييز بين حق وآخر . ومن ثم فتلك الطائفة من الحقوق التي توصف بالحقوق التقديرية لا يرد عليها هذا الوصف في القانون المصري .

٤٣١ - المؤسس القانوني لنظرية التصف في استعمال الحق :

هناك فارق بين الخروج عن الحدود الموضوعية للحق والتصف في استعمال الحق ، فكلاهما خطأ يستوجب المسئولية ، ولكن الصورة تختلف في الحالين : فالخروج عن الحدود الموضوعية المرسومة للحق هو الصورة العادية للخطأ التي كانت معروفة من قديم ، كان يجاوز المالك حدود ملكه فيبنى في أرض الجار ، أو يفتح مطلا على أقل من المسافة القانونية . أما التصف في استعمال الحق ففيه ياتزم الشخص الحدود الموضوعية المرسومة لحقه ، فهو يستعمل حقه في هذه الحدود المرسومة لا يخرج عنها ، ولكنه ينحرف في هذا الاستعمال عن الغرض الاجتماعي للحق ، كأن يبنى شخص حائطا عالياً في ملكه لكي يحجب النور والهواء من جاره ، أو يهدم حائطا كان يستتر به الجار دون أن تكون له منفعة من وراء ذلك :

وما دام التصف في استعمال الحق خطأ لا يجوز ، فهو خروج عن حدود الحق ، غاية الأمر أنه لا يتمثل في مجاوزة الحدود الموضوعية للحق ، بل يتمثل في مجاوزة الحدود التي فرضها القانون لاستعمال الحق . فالصورة الأولى خروج صريح عن حدود الحق ، أما الثانية فخروج عن حدود الحق بالتصف في استعماله .

ويتضح من هذا أن للتصف في استعمال الحق ليس إلا صورة من صورة الخطأ التقصيري تختلف عن الصورة العادية التي كانت معروفة من قبل . ومن ثم فأساس نظرية التصف في استعمال الحق هو المسئولية التقصيرية ، والمعيار الذي يقاس به التصف هو

المعيار العام للخطأ ، وهو السلوك المألوف للشخص المادى ، فإذا انحرف الشخص فى استعماله لحقه عن هذا السلوك كان متصفاً فى هذا الاستعمال :
وليس معنى ذلك أن أفراد نظرية مستقلة للتصف فى استعمال الحق عمل لاجلدى
مته : إذ أن قيام هذه النظرية كان له الفضل فى الكشف عن صورة جديدة للخطأ
تختلف عن صورته العادية ، فهى نظرية لما كيانها المستقل فى هذا الخصوص ، حيث
رسم الحدود التى يجب على الشخص أن يراعيها فى استعمال السلطات التى تدخل
فى مضمون الحق :

وإذا كانت النصوص التى قررت نظرية التصف قد وردت فى الباب التمهيدى
للتفتين المدنى ولم ترد فى الفصل الخاص بالعمل غير المشروع ، فإن ذلك لا يعنى أن
لنظرية أساساً آخر غير المسئولية التقصيرية ، إذ لم يقصد الشارع بإيرادها فى هذا المكان
إلا أن يجعل منها مبدأ عاماً يسرى على جميع الحقوق ويعتمد إلى جميع فروع القانون (١).
وتظل المسئولية التقصيرية أساساً للتعسف حتى لو كان تصفاً فى استعمال حق
ناشئ من العقد . فالنوع الذى يتعسف فى تمسكه بالشرط المانع من الزول عن الإيجار
أو التأجير من الباطن تكون مسئوليته تقصيرية . والمعاقد الذى يتعسف فى إنها عقد
غير محدد المدة ، كعقد العمل ، تكون مسئوليته تقصيرية كذلك :

٤٣٢ - تطور معيار التعسف فى العقد والقضاء :

كان معيار التعسف عند الرومان هو نية الإضرار : فيعتبر الشخص متصفاً
فى استعمال حقه إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . وهذا معيار شخصى . ثم توسع
القضاء بعد ذلك ، فأوجد معياراً مادياً يقوم قرينة على هذا المعيار الشخصى ، إذ اعتبر
انتفاء المصلحة من الاستعمال الذى يلحق ضرراً بالغير قرينة على نية الإضرار :
ثم اتجه الفقه والقضاء بعد ذلك إلى معيار شخصى مادى ، هو خروج الحق
بواسطة من يستعمله عن غرضه الاجتماعى . فهذا المعيار يزن استعمال الحق فى ضوء

(١) انظر المناقشات المشار إليها فى مجموعة الأعمال التفسيرية ج ١ ص ٢٠٢-٢٠٤ فى الملحق.

الدافع الشخصي لصاحبه والفرض الاجتماعي له في وقت واحد . فإن كان هناك توافق بين هذا الفرض . وذلك الدافع كان الاستعمال مشروعاً ، وإلا كان غير مشروع . فاستعمال الحق بقصد الإضرار بالغير تصسف ، حتى لو تحققت من ورائه مصلحة . واستعماله لغاية لا تتفق والفرض الاجتماعي له تصسف كذلك ، حتى لو لم يكن بقصد الإضرار بالغير . وهذا ما تقتضيه النظرة الحديثة التي لا تعتبر الحقوق ساطات مطلقة ، وإنما تريدنا حقوقاً نسبية يمثل كل منها وظيفة اجتماعية لتحقيق غاية معينة يجب ألا يجحد الحق عنها .

وقد لوحظ على هذا المعيار أنه يعتبر معياراً سياسياً أكثر منه معياراً قانونياً ، لأن القاضي بمقتضاه سوف يحدد المدف الاجتماعي للحق في ضوء آرائه ومعتقداته الخاصة : ولهذا كان الراجح ما قلناه من قياس التصسف بالمعيار العام للمخل ، وهو السلوك المألوف للشخص العادي .

٤٣٣ - حالات التصسف في استعمال الحق :

هناك وسيلتان في تحديد الحالات التي يعتبر للشخص فيها متصسفاً في استعمال حقه : الأولى هي وضع مبدأ عام يحكم معيار التصسف فيتمسح لكل الصور التي يمكن أن تندرج تحته . والثانية هي وضع عدة ضوابط أو معايير تحدد صور التصسف ، وهذه هي الوسيلة التي اتخذها الشارع .

حيث لاحظ الشارع أن العبارات العامة التي صيغ فيها المبدأ في التشريعات الحديثة يعوزها التحديد الذي يبي للقاضي ضوابط يمكن الاسترشاد بها ، وبذلك فتحت أمامه مجالاً واسماً للاجتهاد (١) . كما لاحظ أن المعايير التي يقول بها الفقه ليست «مضبطة كذلك» .

(١) من ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من قانون المدف السويسري إذ تقول : «يجب على كل شخص أن يحصل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً لقواعد التي يرسمها حسن النية» ، أما التصسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون . وكذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدف السويسري ، إذ تقول : «يجب القانون المدف المدنية» ، فيما عدا الحالات التي تحصل فيها على وجه يتألف تنصيصها الاقتصادي والاجتماعي .»

ولهذا أخذ ضوابط ثلاث تمنع الفقه الإسلامى يقوم عليها معيار التعسف (١)، بحيث أن الانحراف الذى يقع مع شخص فى هذا الخصوص لا يعتبر تعسفا إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاث التى علدها القانون .

فقد نصت المادة ٤ من التقنين المدنى على أن «من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر» . ثم نصت المادة ٥ من هذا التقنين على أنه «يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير . (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة » .

ويتبين مع هذه النصوص ومن المكان الذى وردت فيه أن الشارع جعل من نظرية التعسف نظرية عامة اختار لها مكان الصدارة فى التقنين المدنى كي تكون مبدأ عاما يسوى بالنسبة إلى جميع الحقوق ، سواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية ، بل ويسرى فى جميع نواحي القانون .

وقد راعى الشارع فى تحديده لهذه الضوابط المعيار العام فى الخطأ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى؛ ومن ثم فإن الانحراف عن هذا السلوك فى استعمال الحق لا يعتبر تعسفا إلا إذا اتخذ صورة من الصور الثلاث التى علدها القانون، وهى : قصد الإضرار بالغير، ورجحان الضرر على المصلحة ورجحاننا كبيرا، وعدم مشروعية المصاحبة التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها . وهذه المعايير جميعها مأخوذة من الفقه الإسلامى ، كما أنها تتفق مع ما ينحسب إليه الفقه الحديث ويأخذ به القضاء : ونبحث هذه المعايير فيما يلى :

٤٣٤ - المعيار الأول : قصد الإضرار بالغير :

كان هذا المعيار أول معيار أخذ به من قديم : وهو المعيار الوحيد الذى أخذ به القانون الألمانى (م ٢٢٦ مدنى ألمانى) . وهو وإن كان يقوم على ناحية شخصية هى قصد

١ - أما المادة ٢٢٦ من قانون المدنى الألمانى فقد تضمنت صيغة واضحة تضع معيارا معينا حيث تقول : « لا يجوز استعمال حق مجرد الإضرار بالغير » .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى جملة الأعمال التشريعية ج ١ ص ٢٢٣١ .

الإضرار بالغير ، إلا أنه يقاس مع ذلك بالمعيار العام للخطأ ، أى بالسلوك المألوف للشخص العادى ؛ فإذا كان للدافع إلى استعمال الحق مزيجا من قصد الإضرار وابتغاء المنفعة أضحي استعمال الحق مشروعا ما دام أن لهذه المنفعة أهميتها إذا قورنت بالضرر الذى يلحق الغير . إنما يتحقق التعسف ، وبالتالي يكون استعمال الحق غير مشروع ، إذا كان قصد أحداث الضرر هو العامل الأساسى الذى دفع الشخص إلى استعمال الحق . كأن يبني شخص حائطا عاليا في ملكه لكي يحجب النور والهواء عن جاره . وما دام أن الفرض الأساسى من استعمال الحق هو الإضرار بالغير فلا يغير من وجه المسألة أن تتحقق بعد ذلك منفعة عرضية لم تكن مقصودة . ففي زرع أشجارا لحجب النور عن جاره فإنه يعتبر متعسفا ؛ حتى لو تبين بعد ذلك أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع ؛ بل ولا يغير من وجه المسألة أن يكون هذا القصد مصحوبا بنية جلب منفعة إذا كانت هذه النية عاملا ثانويا .

ويتحمل المضرور عبء اثبات قصد الأضرار عند صاحب الحق ، وله هذا الإثبات بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية .

وإذا وقع الضرر ، وتبين أن صاحب الحق لم تكن له مصلحة في الاستعمال ، أمكن اعتبار انقضاء المنفعة قريبة على توفر قصد الأضرار ؛ وهذا ما يذهب إليه القضاء .

ويتعلق أغلب التطبيقات العملية لهذا المعيار باستعمال حق الملكية . على أن هناك تطبيقات أخرى كذلك في غير هذا النطاق . كأن يفصل رب العمل عاملا لمجرد الانتقام منه لأنه قام بالشهادة ضد رب العمل . وكأن يرفع الشخص دعوى أو يلجأ إلى دفع ابتغاء الكيد ومضرة الخصم :

٤٣٥ - المعيار الثانى : رجحانه الضرر على المصلحة مهما تكبر :

يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه ، كما يقول النص ، « إذا كانت المصلحة التى يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يعصّب الغير متى ضرر بسببها » . وهذا المعيار موضوعى بحيث . فهو يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى

ناحية شخصية لدى صاحب الحق ، وإنما يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذى يصيب الغير : فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة صارخة كان استعمال الحق فى هذه الحالة انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادى ، فتصحق المسؤولية :

ومن للتطبيقات التشريعية لهذا المعيار ما تقضى به المادة ٢/٨١٨ مدنى من أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إذا كان هذا يضر بالجدار الذى يستتر ملكه بالحائط : وما تقضى به المادة ٩٢٨ مدنى من أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت عملاً لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك فى نظير تعويض عادل . وما تقضى به المادة ١٠٢٩ مدنى من أن لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به . وما تقضى به المادة ٢/٢٠٣ مدنى من أنه إذا كان فى التنفيذ العيني إرهاباً للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي ، إذا كان ذلك لا يملحق بالدائن ضرراً جسيماً .

٤٣٦ - المعيار الثالث : عدم مشروعية المصلحة التى يرمى صاحب الحق إلى

تحقيقها :

يعتبر الشخص متمسكاً فى استعمال الحق إذا كان يرى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . والمعيار هنا موضوعى ، وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية هى القصد من استعمال الحق . كأن يفصل رب للعمل عاملاً لأنه التحق بتقايه من تقايه العمال ، أو تفصل الإدارة موظفاً لإشباع شهوة حزبية ، أو يخصص الشخص منزله لمقابلات مخالفة للأداب .

٤٣٧ - جزاء التصف في استعمال المي :

يتضح مع نص المادة الخامسة من القنين المدني أن التصف في استعمال الحق عمل غير مشروع . وقد رأينا أن التصف ليس إلا صورة من صور الخطأ التصغيري : ومن ثم يلزم صاحب الحق بتعويض الضرر الذي نجم عن تصفه في استعمال حقه : وينضج هذا التعويض للقواعد ذاتها التي ينضج لها في الصورة المادية للخطأ .

على أن تعويض الضرر الناجم عن التصف ليس هو الصورة الوحيدة التي يتخذها الجزاء في هذا الخصوص . فهناك جزاء وقائي يعتبر من خصوصيات نظرية التصف ويساهم فيها لما مع كيان مستقل ، حيث يمثل هذا الجزاء في منع صاحب الحق من أن يستعمل حقه على نحو تصفي ، فيحول ذلك بالتالي دون وقوع الضرر . وقد رأينا مثلا لذلك فيما تقضى به المادة ٩٢٨ مدني : فإذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء ضئيل من أرض الجار ، وأصر الجار على هدم البناء الذي يشغل هذا الجزء الضئيل ، فإن للمحكمة ألا تجيب الجار إلى طلبه توقيا للضرر الذي ينجم عن الهدم وتكتفي بالحكم على الباني بالتعويض : ورأينا مثلا آخر فيما تقضى به المادة ٢/٢٠٣ مدني : فإذا تصف الدائن في المطالبة بالتنفيذ العيني ، حيث لم تكن له فيه مصلحة جدية وكان فيه إرهابا للمدين ، حق للمدين أن يقتصر على دفع تعويض نقدي .

فهرس

| صفحة | فقرة | تقسيم |
|------|------|--|
| ٢ | | تقسيم |
| | | تمهيد |
| ٥ | ١ | القانون ضرورة اجتماعية |
| ٦ | ٢ | القانون والملق والواجب |
| ٧ | ٣ | خطا المرأة |
| | | القسم الأول |
| | | نظرية القاعدة القانونية |
| ١٠ | ٤ | تقسيم |
| | | الباب الأول |
| | | التعريف بالقاعدة القانونية |
| ١١ | ٥ | بيان |
| | | الفصل الأول |
| | | تعريف القانون وتحليله |
| ١١ | ٦ | المعنى الاصطلاحي للقانون |
| ١٢ | ٧ | وظيفة القانون |
| ١٣ | ٨ | خصائص القاعدة القانونية |
| ١٣ | ٩ | (١) القاعدة القانونية قاعدة ملوك |
| ١٤ | ١٠ | (٢) القاعدة القانونية خطاب موجه إلى الأشخاص في مجتمع |
| ١٥ | ١١ | (٣) القاعدة القانونية قاعدة مجردة وعامة |
| ١٨ | ١٢ | (٤) القاعدة القانونية قاعدة ملزمة |

✓ الفصل الثاني

~ نطاق القانون

| صفحة | فقرة | |
|------|------|--|
| ٢١ | ١٣ | ~ تحديد هذا النطاق |
| | | ~ الفرع الأول : القانون والقواعد الاجتماعية الأخرى |
| ٢١ | ١٤ | - القواعد الاجتماعية |
| ٢٢ | ١٥ | - القانون وقواعد المجالات والمعدات والتقاييد |
| ٢٢ | ١٦ | - القانون وقواعد الأخلاق |
| ٢٣ | ١٧ | ~ (١) نطاق القانون والأخلاق |
| ٢٥ | ١٨ | ~ (٢) ميار التفرقة بين القانون والأخلاق |
| ٢٦ | ١٩ | ~ (٣) الصلة بين القانون والأخلاق |
| ٢٧ | ٢٠ | - القانون وقواعد الدين |
| ٢٨ | ٢١ | - القانون والعلوم الاجتماعية الأخرى |
| | | ~ الفرع الثاني : مدى تدخل القانون في نشاط الأشخاص |
| ٢٩ | ٢٢ | - مذهبان |
| ٢٩ | ٢٣ | - المذهب الفردي |
| ٢٢ | ٢٤ | - المذهب الاشتراكي |
| ٢٣ | ٢٥ | ~ موقف القانون المصري |

✓ الباب الثاني

~ أنواع القواعد القانونية

| | | |
|----|----|---------------------|
| ٢٢ | ٢٦ | ~ تحديد هذه الأنواع |
|----|----|---------------------|

~ الفصل الأول

أقسام القانون وفروعه

| | | |
|----|----|---------------|
| ٢٧ | ٢٧ | تقسيمات متصلة |
|----|----|---------------|

الفرع الأول

تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص

| | | |
|----|----|--|
| ٢٨ | ٢٨ | ميار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص |
| ٤٠ | ٢٩ | المسكة في التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص وأمينها |

الفرع الثاني : فروع القانون العام

| صفحة | قصة | |
|------|-----|---|
| ٤٢ | ٣٠ | القانون العام الخاص والقانون العام للداخل |
| ٤٢ | ٣١ | القانون الدولي العام |
| ٤٦ | ٣٢ | القانون الدستوري |
| ٤٨ | ٣٣ | القانون الإداري |
| ٥١ | ٣٤ | القانون المالي |
| ٥٢ | ٣٥ | القانون الجنائي |
| ٥٢ | ٣٦ | (١) قانون العقوبات |
| ٥٣ | ٣٧ | (٢) قانون الإجراءات الجنائية أو الجزائية |

الفرع الثالث : فروع القانون الخاص

| صفحة | قصة | |
|------|-----|-----------------------------------|
| ٥٤ | ٣٨ | القانون الخاص |
| ٥٤ | ٣٩ | القانون المدني |
| ٥٦ | ٤٠ | القانون التجاري |
| ٥٨ | ٤١ | القانون البحري |
| ٥٩ | ٤٢ | قانون العمل |
| ٦٠ | ٤٣ | القانون الزراعي |
| ٦١ | ٤٤ | قانون المرافعات المدنية والتجارية |
| ٦٢ | ٤٥ | نظام القضاء |
| ٦٣ | ٤٦ | القانون الدولي الخاص |

الفصل الثاني

القواعد الآمرة والقواعد المسككة

| صفحة | قصة | |
|------|-----|---|
| ٦٦ | ٤٧ | نوع القواعد القانونية بحسب سلطان إرادة الأفراد إزاءها |
| ٦٦ | ٤٨ | القواعد الآمرة |
| ٦٧ | ٤٩ | القواعد المسككة |
| ٦٩ | ٥٠ | مبار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المسككة |
| ٧٠ | ٥١ | دلالة العبارة مل نوع القاعدة |
| ٧٢ | ٥٢ | النظام العام والآداب |
| ٧٣ | ٥٣ | تطبيقات النظام العام في نطاق القانون العام |

| | | |
|----|----|---|
| ٧٥ | ٥٤ | تطبيقات النظام العام في نطاق القانون الخامس |
| ٧٧ | ٥٥ | تطبيقات الآداب |

الباب الثالث

مصادر القاعدة القانونية

| | | |
|----|----|---|
| ٧٨ | ٥٦ | المقصود بمصادر القانون بوجه عام |
| ٧٩ | ٥٧ | تنوع المصادر الرسمية لقانون بوجه عام وتفاوتها في الأهمية تبعاً لطور |

الفصل الأول

المصادر الرسمية لقانون المصري

| | | |
|----|----|--|
| ٨٠ | ٥٨ | بيان المصادر الرسمية وترتيبها بحسب الأولوية في التطبيق |
| | | الفرع الأول : المصدر الأصلي : التشريع |
| ٨٢ | ٥٩ | التشريع مصدر أصل عام . تقسيم |
| | | المبحث الأول : التعريف بالتشريع ومزاياه وخصومه |
| ٨٣ | ٦٠ | تعريف |
| ٨٤ | ٦١ | أهمية التشريع ومزاياه |
| ٨٦ | ٦٢ | حيوب التشريع |

المبحث الثاني : من التشريع

| | | |
|----|----|-----------------------------------|
| ٨٧ | ٦٣ | سلطة التي تملك التشريع |
| ٨٧ | ٦٤ | أنواع التشريعات وتدرجها في القوة |
| ٨٨ | ٦٥ | أولاً : التشريع الأساسي : الدستور |
| ٩٠ | ٦٦ | ثانياً : التشريع المادي : القانون |
| ٩٢ | ٦٧ | تفويض رئيس الجمهورية في التشريع |
| ٩٢ | ٦٨ | تشريع الضرورة |
| ٩٤ | ٦٩ | ثالثاً : التشريع الفرعي : اللائحة |

المبحث الثالث : نفاذ التشريع

| | | |
|----|----|-------------------|
| ٩٥ | ٧٠ | من التشريع ونفاذه |
| ٩٦ | ٧١ | إصدار التشريع |
| ٩٦ | ٧٢ | نشر التشريع |

المبحث الرابع : الرقابة القضائية على صحة التشريع

| صفحة | فقرة | موضوع |
|------|------|--|
| ٩٨ | ٧٣ | الرقابة على صحة التشريع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع |
| ٩٨ | ٧٤ | الرقابة على قانونية الوائج ودستوريتها |
| ٩٩ | ٧٥ | الرقابة على دستورية القوانين في التشريعات الحديثة |
| ١٠٢ | ٧٦ | الرقابة على دستورية القوانين في مصر |

المبحث الخامس : التقنين

| | | |
|-----|----|-------------------------------------|
| ١٠٤ | ٧٧ | تعريف |
| ١٠٥ | ٧٨ | مزايما التقنين |
| ١٠٦ | ٧٩ | نقد التقنين والرد عليه |
| ١٠٧ | ٨٠ | انتشار حركة التقنين في مصر الحديث . |
| ١٠٨ | ٨١ | حركة التقنين في مصر |

الفرع الثاني : المصادر الاحتياطية

| | | |
|-----|----|---------------------------|
| ١١٠ | ٨٢ | الحاجة إلى مصادر احتياطية |
|-----|----|---------------------------|

المبحث الأول : الدين

| | | |
|-----|----|---|
| ١١٠ | ٨٣ | تطور مركز الدين كمصدر رسمي لقانون في مختلف التشريعات بوجه عام |
| ١١١ | ٨٤ | (١) الدين المسيحي |
| ١١٢ | ٨٥ | (٢) الدين الإسلامي |
| ١١٣ | ٨٦ | الدين كمصدر رسمي لقانون المصري |
| ١١٤ | ٨٧ | أولا : الوقت |
| ١١٥ | ٨٨ | ثانيا : مسائل الأحوال الشخصية |
| ١١٦ | ٨٩ | (١) المية |
| ١١٧ | ٩٠ | (٢) الأهلية والولاية على المال |
| ١١٧ | ٩١ | (٣) الميراث والوصية. |
| ١١٩ | ٩٢ | (٤) المسائل المتعلقة بالأسرة |
| ١٢٠ | ٩٣ | خلاصة جملة فيما يتعلق بمركز الدين كمصدر رسمي لقانون للمصري |

المبحث الثاني : العرف

| | | |
|-----|----|---------------|
| ١٢٢ | ٩٤ | عناصر الموضوع |
|-----|----|---------------|

المطلب الأول : التعريف بالعرف ومزاياه وعيوبه

| | | |
|-----|----|---|
| ١٢٢ | ٩٥ | تعريف . تطور مركز العرف كمصدر رسمي لقانون في مختلف التشريعات بوجه عام . |
|-----|----|---|

| | | |
|------|------|-------------|
| صفحة | قكرة | |
| ١٢٤ | ٩٦ | مزايا العرف |
| ١٢٥ | ٩٧ | عيوب العرف |

المطلب الثاني : أركان العرف

| | | |
|-----|-----|--|
| ١٢٦ | ٩٨ | ركنان للعرف |
| ١٢٦ | ٩٩ | الركن المادي : الاحياء |
| ١٢٨ | ١٠٠ | الركن للمعنوي : عقيدة الإلزام |
| ١٢٩ | ١٠١ | الفرقة بين العرف والمادة الاتفاقية |
| ١٣٢ | ١٠٢ | نتائج للفرقة بين العرف والمادة الاتفاقية |
| ١٣٣ | ١٠٣ | الإثبات ورقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالعرف والمادة الاتفاقية |

المطلب الثالث : أساس القوة الملزمة للعرف

| | | |
|-----|-----|---|
| ١٣٥ | ١٠٤ | يستمد العرف قوته الملزمة من إرادة الجماعة |
|-----|-----|---|

المطلب الرابع : دور للعرف في القانون المصري

| | | |
|-----|-----|--|
| ١٣٨ | ١٠٥ | مكانة للعرف في القوانين الحديثة |
| ١٣٨ | ١٠٦ | مركز العرف بالنسبة إلى التشريع في القانون المصري |
| ١٣٩ | ١٠٧ | العرف المكمل للتشريع |
| ١٤٠ | ١٠٨ | العرف للمعاون للتشريع |
| ١٤١ | ١٠٩ | مقننة للعرف على مخالفة التشريع أو إلغائه |
| ١٤٤ | ١١٠ | نصيب العرف في فروع القانون المختلفة |

المبحث الثالث : مبادئ الشريعة الإسلامية

| | | |
|-----|-----|---|
| ١٤٦ | ١١١ | دور الشريعة الإسلامية كمبرر أخلاقي في مسائل المعاملات المالية |
|-----|-----|---|

الفرد الثالث : مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

| | | |
|-----|-----|---|
| ١٤٩ | ١١٢ | عدم كفاية المصادر الرسمية وواجب التقاضي في أن يفصل في كل نزاع يعرض عليه |
| ١٥٠ | ١١٣ | مقننة مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة |
| ١٥١ | ١١٤ | المقصود بأحوال التقاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة |

الفصل الثاني

المصادر التفسيرية

| | | |
|-----|-----|---|
| ١٥٥ | ١١٥ | المصادر التفسيرية والرابطة الوثيقة فيما بينها |
|-----|-----|---|

الفرع الأول : الفقه

| | | |
|------|-----|---------------------------------------|
| صفحة | قوة | تعريف . تطور الفقه |
| ١٥٥ | ١١٦ | |
| ١٥٥ | ١١٧ | الفقه مصدر رسمي في القوانين القديمة |
| ١٥٨ | ١١٨ | الفقه مصدر تفسيري في القوانين الحديثة |
| ١٥٨ | ١١٩ | الفقه مصدر تفسيري في القانون المصري |

الفرع الثاني : القضاء

| | | |
|-----|-----|--|
| ١٥٩ | ١١٩ | تعريف . تطور مركز القضاء |
| ١٦٠ | ١٢٠ | القضاء مصدر رسمي في القوانين القديمة |
| ١٦١ | ١٢١ | القضاء مصدر رسمي في القوانين الانجلوسكسونية |
| ١٦٢ | ١٢٢ | القضاء مصدر تفسيري في أغلب القوانين الحديثة |
| ١٦٣ | ١٢٣ | القضاء مصدر تفسيري في القانون المصري |
| ١٦٤ | ١٢٤ | موظفة محكمة النقض وأثرها في توحيد أحكام القضاء |

الباب الرابع

تطبيق القاعدة القانونية

| | | |
|-----|-----|------------------------------------|
| ١٦٦ | ١٢٥ | السلطة القائمة على تطبيق القانون |
| ١٦٧ | ١٢٦ | نطاق تطبيق القانون وتفسيره . تقسيم |

الفصل الأول

نطاق تطبيق القانون

| | | |
|-----|-----|---|
| ١٦٧ | ١٢٧ | التراخي المخلفة في تحديد نطاق تطبيق القانون |
|-----|-----|---|

الفرع الأول

نطاق تطبيق القانون من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه

| | | |
|-----|-----|---|
| ١٦٨ | ١٢٨ | حيثما عدم جواز الاضرار بجهل القانون |
| ١٦٩ | ١٢٩ | سريان المبدأ بالنسبة إلى كل قواعد القانونية |
| ١٧٠ | ١٣٠ | الغلب في القانون ليس استثناء من المبدأ |
| ١٧٢ | ١٣١ | استثناء من المبدأ |

الفرع الثاني : نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

| | | |
|-----|-----|--------------------------------|
| ١٧٢ | ١٣٢ | إقليمية التطبيق وشخصية التطبيق |
| ١٧٤ | ١٣٣ | تطبيق القانون في مصر |

المبحث الأول : القانون العام

| صفحة | قصة | |
|------|-----|----------------------|
| ١٧٧ | ١٣٤ | مبدأ إقليمية التطبيق |

المبحث الثاني : القانون الخاص

| | | |
|-----|-----|------------------------------|
| ١٧٩ | ١٣٥ | تنازع القوانين من حيث المكان |
|-----|-----|------------------------------|

المبحث الثالث : القانون الدولي العام

| | | |
|-----|-----|--|
| ١٨٠ | ١٣٦ | امتيازات وحصانات رؤساء الدول الأجنبية وللممثلين الدبلوماسيين |
|-----|-----|--|

الفرع الثالث : نطق تطبيق القانون من حيث الزمان

| | | |
|-----|-----|-------|
| ١٨١ | ١٣٧ | تقسيم |
|-----|-----|-------|

المبحث الأول : إلغاء القانون

| | | |
|-----|-----|-------|
| ١٨١ | ١٣٨ | تعريف |
|-----|-----|-------|

المطلب الأول : السلطة التي تملك الإلغاء

| | | |
|-----|-----|-----------------------------|
| ١٨٢ | ١٣٩ | إلغاء القواعد التشريعية |
| ١٨٣ | ١٤٠ | إلغاء القواعد غير التشريعية |

المطلب الثاني : أنواع الإلغاء

| | | |
|-----|-----|--------------------------------|
| ١٨٤ | ١٤١ | الإلغاء الصريح والإلغاء الضمني |
| ١٨٤ | ١٤٢ | (١) الإلغاء الصريح |
| ١٨٥ | ١٤٣ | (٢) الإلغاء الضمني |

| | | |
|-----|-----|--|
| ١٨٦ | ١٤٤ | الصورة الأولى : تعارض بين قاعدة جديدة وقاعدة قديمة |
|-----|-----|--|

| | | |
|-----|-----|--|
| ١٨٨ | ١٤٥ | الصورة الثانية : تنظيم الموضوع من جديد |
|-----|-----|--|

المبحث الثاني : تنازع القوانين من حيث الزمان

| | | |
|-----|-----|-------------|
| ١٨٩ | ١٤٦ | وضع المسألة |
|-----|-----|-------------|

المطلب الأول : مبدأ عدم رجعية القوانين

| | | |
|-----|-----|-----------------------------------|
| ١٩٢ | ١٤٧ | ضرورة مبدأ عدم رجعية القوانين |
| ١٩٣ | ١٤٨ | التصحيح المبدئي وعلى قوته |
| ١٩٤ | ١٤٩ | الحاجة إلى بيان حدود تطبيق المبدأ |

المطلب الثاني

النظريات الفقهية في تنازع القوانين مع حيث الزمان

| | | |
|-----|-----|---------------|
| ١٩٥ | ١٥٠ | نظرية ريبستان |
|-----|-----|---------------|

أولا : النظرية التقليدية

| صفحة | فقره | تمهيد |
|------|------|---|
| ١٩٥ | ١٥١ | |
| ١٩٦ | ١٥٢ | الفتره بين الحق المكتسب ومجرد الأمل في تطبيق مبدأ عدم رجعية لقوانين |
| ١٩٨ | ١٥٣ | استثناءات من مبدأ عدم عدم رجعية لقوانين |
| ٢٠٠ | ١٥٤ | نقد النظرية التقليدية |

ثانيا : النظرية الحديثة

| | | |
|-----|-----|---|
| ٢٠١ | ١٥٥ | الفتره بين الأثر الرجعي والأثر المباشر للقانون |
| | | (١) عدم رجعية القانون |
| ٢٠٢ | ١٥٦ | المبدأ وحدود تطبيقه |
| ٢٠٣ | ١٥٧ | (١) القواعد المتعلقة بتكوين أو انقضاء المراكز القانونية |
| ٢٠٦ | ١٥٨ | (٢) القواعد المتعلقة بآثار المراكز القانونية |
| ٢٠٧ | ١٥٩ | استثناءات من مبدأ عدم رجعية القانون |
| | | (٢) الأثر المباشر للقانون |
| ٢٠٨ | ١٦٠ | مبدأ الأثر المباشر بكل مبدأ عدم رجعية |
| ٢٠٩ | ١٦١ | مبدأ الأثر المباشر للقانون الجدي وحدود تطبيقه |
| ٢٠٩ | ١٦٢ | (١) إتمام ما بدأ في الماضي من تكوين وانقضاء المراكز القانونية |
| ٢١٠ | ١٦٣ | (٢) آثار المراكز القانونية التي تكونت أو بدأ تكوينها في ظل القانون القديم |
| ٢١١ | ١٦٤ | استثناء من مبدأ الأثر المباشر : الأثر المستمر للقانون القديم |
| ٢١٣ | ١٦٥ | مزايا النظرية الحديثة ومبوجها |

المطلب الثالث

المبادئ العامة في تنازع القوانين من حيث الزمان

أولا : عدم رجعية القانون

| | | |
|-----|-----|--|
| ٢١٦ | ١٦٧ | مفنى مبدأ عدم رجعية القانون وخضود تطبيقه |
| ٢١٧ | ١٦٨ | تطبيقات لمبدأ عدم الرجعية |
| | | ثانيا : استثناءات من عدم رجعية القانون |
| ٢١٧ | ١٦٩ | استثناءات من مبدأ عدم الرجعية |
| ٢١٨ | ١٧٠ | القوانين التفسيرية ليست استثناء مبدأ عدم الرجعية |
| | | ثالثا : الأثر المباشر للقانون |
| ٢١٩ | ١٧١ | مفنى مبدأ الأثر المباشر للقانون وحدود تطبيقه |
| ٢١٩ | ١٧٢ | تطبيقات لمبدأ الأثر المباشر للقانون |

| | | |
|------|-------|--|
| صفحة | قراءة | |
| ٢٢٠ | ١٧٣ | (١) القانون العام |
| ٢٢٠ | ١٧٤ | (٢) القانون الخاص |
| | | رابعا : استثناء من مبدأ الأثر المباشر |
| | | الأثر المستمر للقانون القديم |
| ٢٢٤ | ١٧٥ | معنى الأثر المستمر للقانون القديم وحدود تطبيقه |
| ٢٢٦ | ١٧٦ | تطبيقات |
| | | المطلب الرابع |
| | | الحلول التشريعية كبعض صور التنازع في الزمان |
| ٢٢٩ | ١٧٧ | إحصاء هذه الصور |
| ٢٢٩ | ١٧٨ | قوانين المتعلقة بالأهلية |
| ٢٣١ | ١٧٩ | قوانين المتعلقة بالتقادم |
| ٢٣٥ | ١٨٠ | قوانين المتعلقة بالأدلة المدة للإثبات |
| ٢٣٦ | ١٨١ | قوانين المرافعات |
| ٢٣٨ | ١٨٢ | قوانين العقوبات |
| | | الفصل الثاني |
| | | تفسير القانون |
| ٢٤١ | ١٨٣ | معنى التفسير وتحديد مجاله |
| ٢٤٢ | ١٨٤ | أنواع التفسير |
| | | الفرع الأول : التفسير التشريعي |
| ٢٤٢ | ١٨٥ | معنى التفسير التشريعي والسلطة التي تقوم به |
| ٢٤٣ | ١٨٦ | حدى القوة الملزمة لتفسير التشريعي |
| | | الفرع الثاني : التفسير الفقهي والتفسير القضائي |
| ٢٤٤ | ١٨٧ | مقارنة بين التفسير الفقهي والتفسير القضائي |
| | | المبحث الأول : مذاهب التفسير |
| ٢٤٥ | ١٨٨ | تعدد مذاهب التفسير |
| | | المطلب الأول : مدونة الشرح على المتن |
| ٢٤٦ | ١٨٩ | مذهب مدونة الشرح على المتن |
| ٢٤٧ | ١٩٠ | نقد مدونة الشرح على المتن |

المطلب الثاني : المدرسة التاريخية

| | | |
|------|------|-------------------------|
| صفحة | فقره | |
| ٢٤٧ | ١٩١ | مذهب للمدرسة التاريخية |
| ٢٤٨ | ١٩٢ | تقدير المدرسة التاريخية |

المطلب الثالث : المدرسة العلمية

| | | |
|-----|-----|-----------------------|
| ٢٤٨ | ١٩٣ | مذهب المدرسة العلمية |
| ٢٤٩ | ١٩٤ | تقدير المدرسة العلمية |

المطلب الرابع : التفسير في القانون المصري

| | | |
|-----|-----|--------------------------------|
| ٢٥٠ | ١٩٥ | مذهب التفسير في القانون المصري |
|-----|-----|--------------------------------|

المبحث الثاني : طرق التفسير

| | | |
|-----|-----|------------------------|
| ٢٥١ | ١٩٦ | طرق داخلية وطرق خارجية |
| ٢٥٤ | ١٩٧ | الدلالات |

المطلب الأول : دلالة عبارة النص

| | | |
|-----|-----|---|
| ٢٥٥ | ١٩٨ | تعريف . تنوع النص باعتبار مظهر وضوح دلالة العبارة |
| ٢٥٦ | ١٩٩ | أولا : النص الواضح الدلالة |
| ٢٦٠ | ٢٠٠ | ثانيا : النص الغامض |
| ٢٦٣ | ٢٠١ | ثالثا النص المجيب |

المطلب الثاني : دلالة فحوى النص

| | | |
|-----|-----|------------------------|
| ٢٦٤ | ٢٠٢ | المقصود بفحوى النص |
| ٢٦٤ | ٢٠٣ | أولا : إشارة النص |
| ٢٦٥ | ٢٠٤ | ثانيا : دلة النص |
| ٢٦٦ | ٢٠٥ | (١) مفهوم الموافقة |
| ٢٦٩ | ٢٠٦ | (٢) مفهوم المخالفة |
| ٢٧٠ | ٢٠٧ | ثالثا : انتضاء النص |
| ٢٧٠ | ٢٠٨ | تدرج الدلالات في القوة |

القسم الثاني

نظرية الحق

| | | |
|-----|-----|-----|
| ٢٧٤ | ٢٠٩ | قسم |
|-----|-----|-----|

الباب الأول

التعريف بالحق

| صفحة | فقرة | |
|------|------|------------------------|
| ٢٧٥ | ٢١٠ | مطابق غطفاق تعريف الحق |
| ٢٧٩ | ٢١١ | تعريف الحق |

الباب الثاني

انواع الحقوق

| صفحة | فقرة | |
|------|------|----------------|
| ٢٨١ | ٢١٢ | تقسيمات الحقوق |

الفصل الأول

الحقوق السياسية

| صفحة | فقرة | |
|------|------|---|
| ٢٨١ | ٢١٣ | التعريف بالحقوق السياسية والتمييز بينها وبين الحقوق المدنية |

الفصل الثاني

الحقوق العامة أو حقوق الشخصية

| صفحة | فقرة | |
|------|------|---|
| ٢٨٣ | ٢١٤ | التعريف بالحقوق العامة أو حقوق الشخصية |
| ٢٨٤ | ٢١٥ | أنواع حقوق الشخصية |
| ٢٨٨ | ٢١٦ | خصائص حقوق الشخصية |
| ٢٩٠ | ٢١٧ | الاعطاء عمل حقوق للشخصية يؤدي إلى نشوء حق مالك في التعويض |
| ٢٩٠ | ٢١٨ | الحقوق الخاصة |

الفصل الثالث

حقوق الأسرة

| صفحة | فقرة | |
|------|------|----------------------|
| ٢٩١ | ٢١٩ | التعريف بحقوق الأسرة |
| ٢٩١ | ٢٢٠ | خصائص حقوق الأسرة |

الفصل الرابع

الحقوق المالية

| صفحة | فقرة | |
|------|------|-------------------------|
| ٢٩٢ | ٢٢١ | التعريف بالحقوق المالية |

الفرع الأول : الحق الشخصي

| | | |
|----------------------|-----|-----|
| تعريف الحق الشخصي | ٢٢٢ | ٢٩٢ |
| أنواع الحقوق الشخصية | ٢٢٣ | ٢٩٤ |

الفرع الثاني : الحق العيني

| | | |
|--|-----|-----|
| تعريف الحق العيني | ٢٢٤ | ٢٩٦ |
| أنواع الحقوق العينية | ٢٢٥ | ٢٩٧ |
| أولا : الحقوق العينية الأصلية | ٢٢٦ | ٢٩٧ |
| (١) حق الملكية | ٢٢٧ | ٢٩٨ |
| (٢) الحقوق المنقولة عن الملكية | ٢٢٨ | ٢٩٩ |
| ١ - حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن | ٢٢٩ | ٢٩٩ |
| ٢ - حق المسكن | ٢٣٠ | ٣٠٠ |
| ٣ - حقوق الارتفاق | ٢٣١ | ٣٠٠ |
| ثانيا : الحقوق العينية القبضية | ٢٣٢ | ٣٠١ |
| (١) الرهن الرسمي | ٢٣٣ | ٣٠٣ |
| (٢) حق الإخصاص | ٢٣٤ | ٣٠٤ |
| (٣) الرهن الحيازي | ٢٣٥ | ٣٠٤ |
| (٤) حقوق الامتياز | ٢٣٦ | ٣٠٥ |
| الحقوق العينية وردت في القانون مل سبل المصير | ٢٣٧ | ٣٠٧ |

الفرع الثالث :

التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وأهميتها

| | | |
|---|-----|-----|
| أساس التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني | ٢٣٨ | ٣٠٨ |
| محاولة حل التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وفرد طليها | ٢٣٩ | ٣٠٨ |
| بقاء التفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وأهميتها | ٢٤٠ | ٣١٠ |

الفرع الرابع : الحق المعنوي

| | | |
|---|-----|-----|
| تعريف الحق للمعنوي | ٢٤١ | ٣١٤ |
| طبيعة الحق المعنوي والتفرقة بينه وبين الحق العيني | ٢٤٢ | ٣١٤ |
| أنواع الحقوق المعنوية | ٢٤٣ | ٣١٥ |
| حق المؤلف | ٢٤٤ | ٣١٦ |
| أولا : المستغاث التي يحمي القانون مؤلفها | ٢٤٥ | ٣١٦ |

| | | |
|------|------|-------------------------------|
| صفحة | فقرة | |
| ٣١٧ | ٢٤٦ | (١) الصفات المنكرة |
| ٣١٩ | ٢٤٧ | (٢) تحديد شخص المؤلف |
| ٣٢١ | ٢٤٨ | ثانيا : مضمون حق المؤلف |
| ٣٢١ | ٢٤٩ | طبيعة حق المؤلف وتعميله |
| ٣٢٢ | ٢٥٠ | (١) الحق الأدبي للمؤلف |
| ٣٢٢ | ٢٥١ | ١ - مضمون الحق الأدبي |
| ٣٢٥ | ٢٥٢ | ٢ - خصائص الحق الأدبي |
| ٣٢٧ | ٢٥٣ | (٢) الحق المالى للمؤلف |
| ٣٢٧ | ٢٥٤ | ١ - مضمون الحق المالى |
| ٣٢٨ | ٢٥٥ | ٢ - خصائص الحق المالى |
| ٣٢٢ | ٢٥٦ | ثالثا : وسائل حماية حق المؤلف |
| ٣٢٧ | ٢٥٧ | (١) الإجراءات الصفائية |
| ٣٢٤ | ٢٥٨ | (٢) الجزاء الملقى |
| ٣٣٥ | ٢٥٩ | (٣) الجزاء الجنائى |

الباب الثالث

أركان الحق

| | | |
|-----|-----|-----------------|
| ٣٣٧ | ٢٦٠ | بيان أركان الحق |
|-----|-----|-----------------|

الفصل الأول

الأشخاص

| | | |
|-----|-----|-------|
| ٣٣٧ | ٢٦١ | تعريف |
|-----|-----|-------|

الفرع الأول : الشخص الطبيعي

| | | |
|-----|-----|-------|
| ٣٣٨ | ٢٦٢ | تعريف |
|-----|-----|-------|

المبحث الأول : مدة الشخصية

| | | |
|-----|-----|-------------------------------|
| ٣٣٩ | ٢٦٣ | أولا : بدء الشخصية |
| ٣٤٠ | ٢٦٤ | المبتن (الحمل المتكهن) |
| ٣٤٢ | ٢٦٥ | ثانيا : نهاية الشخصية |
| ٣٤٣ | ٢٦٦ | المنقود |
| ٣٤٧ | ٢٦٧ | ثالثا : إثبات الولادة والوفاة |

المبحث الثاني : خصائص الشخصية

| | | |
|------|-----|--|
| صفحة | قوة | |
| ٢٤٩ | ٢٦٨ | بيان هذه الخصائص |
| | | المطلب الأول : النعمة المالية |
| ٢٤٩ | ٢٦٩ | التصرف باللمعة المالية |
| ٢٥٠ | ٢٧٠ | أولا : النظرية التقليدية : نظرية الشخصية |
| ٢٥١ | ٢٧١ | نقد نظرية الشخصية |
| ٢٥٤ | ٢٧٢ | ثانيا : نظرية ذمة التخصيص أو ذمة التفرص |
| ٢٥٥ | ٢٧٣ | نقد نظرية ذمة التخصيص |
| ٢٥٦ | ٢٧٤ | مدى فائدة فكرة التخصيص |
| ٢٥٦ | ٢٧٥ | ثالثا : النظرية الحديثة |
| ٢٥٩ | ٢٧٦ | للمنة المالية مجرد تعبير عن مجموع ما لشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية |
| | | المطلب الثاني : الحالة |
| ٢٦٠ | ٢٧٧ | تعريف |
| ٢٦٠ | ٢٧٨ | (١) الجنسية |
| ٢٦٣ | ٢٧٩ | (٢) الأسرة |
| ٢٦٣ | ٢٨٠ | قراءة النسب |
| ٢٦٥ | ٢٨١ | قراءة المصاهرة |
| ٢٦٥ | ٢٨٢ | لقانون المصري لا يعرف القرابة الطبيعية ولا نظام قبلي |
| ٢٦٦ | ٢٨٣ | أهمية روابط الأسرة |
| ٢٦٧ | ٢٨٤ | (٣) الدين |
| | | المطلب الثالث : الاسم |
| ٢٦٨ | ٢٨٥ | حسب الاسم وتكوينه |
| ٢٦٩ | ٢٨٦ | الطبيعة القانونية للاسم |
| ٢٧٠ | ٢٨٧ | حماية الاسم |
| ٢٧١ | ٢٨٨ | اسم الشهرة والاسم المستعار |
| ٢٧٢ | ٢٨٩ | الاسم التجاري |
| | | المطلب الرابع : الموطن |
| ٢٧٢ | ٢٩٠ | فكرة الموطن وأهميته وتقسيمه |
| | | أولا : الموطن العام |
| ٢٧٤ | ٢٩١ | تحديد الموطن العام |

| | | |
|------|-------|--|
| صفحة | قراءة | القاعدة في تحديد الوطن لتمام الوطن القانوني أو الإلزامي |
| ٣٧٤ | ٢٩٢ | |
| ٣٧٧ | ٢٩٣ | |
| | | ثانيا : الوطن الخاص |
| | | تعريف |
| ٣٧٩ | ٢٩٤ | (١) موطن الأفعال (الوطن التجاري أو المرق) |
| ٣٧٩ | ٢٩٥ | (٢) موطن ناقص الأهلية بالنسبة إلى ما يعتبر أهلا لما شرته من التصرفات |
| ٣٨٠ | ٢٩٦ | (٤) الموطن المختار |
| ٣٨١ | ٢٩٧ | |
| | | المبحث الثالث : الأهلية |
| | | خطه البحث |
| ٣٨٣ | ٢٩٨ | المطلب الأول : التعريف بالأهلية وتحديد نطاقها |
| | | أهلية الأداء |
| ٣٨٣ | ٢٩٩ | التمييز بين الأهلية وما يشتهب بها |
| ٣٨٤ | ٣٠٠ | اقتصار الأهلية على التصرفات القانونية |
| ٣٨٦ | ٣٠١ | تقسيم التصرفات القانونية من حيث الأهلية |
| ٣٨٧ | ٣٠٢ | الأهلية والإرادة |
| ٣٨٨ | ٣٠٣ | الأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية |
| ٣٨٩ | ٣٠٤ | أحكام الأهلية من النظام العام |
| ٣٩٠ | ٣٠٥ | |
| | | المطلب الثاني : أحكام الأهلية |
| | | المرام التي تتأرجحها الأهلية |
| ٣٩١ | ٣٠٦ | أولا : تدرج الأهلية بحسب السن |
| | | أدوار السن بالنسبة إلى الأهلية |
| ٣٩١ | ٣٠٧ | (١) القسبي غير المميز |
| ٣٩٢ | ٣٠٨ | (٢) القسبي للميز |
| ٣٩٢ | ٣٠٩ | (٣) البالغ قرضه |
| ٣٩٧ | ٣١٠ | |
| | | ثانيا : عوارض الأهلية |
| | | تعريف |
| ٤٠٠ | ٣١١ | (١) الجنون |
| ٤٠١ | ٣١٢ | (٢) الخبث |
| ٤٠٣ | ٣١٣ | (٣) السفه |
| ٤٠٣ | ٣١٤ | (٤) الغفلة |
| ٤٠٦ | ٣١٥ | |

ثالثا : موانع الأهلية

| | | |
|------|------|--|
| صفحة | فقرة | تعريف |
| ٤٠٦ | ٣١٦ | |
| ٤٠٦ | ٣١٧ | (١) العادة المزدوجة أو العجز الجسدي الشديد |
| ٤١٠ | ٣١٨ | (٢) القنينة |
| ٤١١ | ٣١٩ | (٣) الحكم بمقنونة جنائية |
| | | المطلب الثالث : الولاية على المال |
| ٤١٢ | ٣٢٠ | تعريف |
| | | أولا : الولاية على مال القاصر |
| ٤١٣ | ٣٢١ | أصحاب الولاية على مال القاصر |
| ٤١٤ | ٣٢٢ | (١) ولاية الولد (الأب أو الجد) |
| ٤١٤ | ٣٢٣ | من تثبت له الولاية |
| ٤١٥ | ٣٢٤ | سلطات الولد وواجباته |
| ٤١٨ | ٣٢٥ | مستولية الولد |
| ٤١٨ | ٣٢٦ | سلب ولاية والده منها ووقفها وانتهاءها |
| ٤١٩ | ٣٢٧ | (٢) ولاية الوصي |
| ٤١٩ | ٣٢٨ | من تثبت له الوصاية |
| ٤٢١ | ٣٢٩ | سلطات الوصي |
| ٤٢٢ | ٣٣٠ | واجبات الوصي |
| ٤٢٣ | ٣٣١ | مستولية الوصي |
| ٤٢٤ | ٣٣٢ | انتهاء الوصاية |
| ٤٢٥ | ٣٣٣ | الوصي الخاص والوصي للوقت والمشفق |
| | | ثانيا : الولاية على مال المحجور عليهم |
| ٤٢٧ | ٣٣٤ | ولاية القيم |
| | | ثالثا : الولاية على مال من لديهم موانع الأهلية |
| ٤٢٨ | ٣٣٥ | أصحاب الولاية على مال من لديهم موانع الأهلية |
| | | رابعا : مجاوزة حدود الولاية على المال |
| ٤٢٩ | ٣٣٦ | حكم المصروف عند مجاوزة حدود الولاية |
| | | الفرع الثاني : الشخص الاعتباري أو الممنوع |
| ٤٣٠ | ٣٣٧ | تعريف |

المبحث الأول : النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

| | | |
|------|------|---|
| صفحة | فقره | |
| ٤٣١ | ٢٣٨ | تقسيم |
| | | المطلب الأول : |
| | | فكرة الشخص الاعتباري وأهميتها وتاريخها |
| ٤٣١ | ٢٣٩ | فكرة الشخص الاعتباري |
| ٤٣٢ | ٢٤٠ | أهمية فكرة الشخص الاعتباري |
| ٤٣٣ | ٢٤١ | تاريخ فكرة الشخص الاعتباري |
| | | المطلب الثاني : طبيعة الشخص الاعتباري |
| ٤٣٥ | ٢٤٢ | اتجاهات ثلاثة |
| ٤٣٦ | ٢٤٣ | الاتجاه الأول : نظرية الشخصية الافتراضية |
| ٤٣٧ | ٢٤٤ | الاتجاه الثاني : إنكار الشخصية |
| ٤٣٩ | ٢٤٥ | الاتجاه الثالث : الشخصية الحقيقية |
| ٤٤١ | ٢٤٦ | حقيلة الشخصية الاعتبارية |
| | | المطلب الثالث : الشخصية الاعتبارية |
| ٤٤٢ | ٢٤٧ | مبدأ |
| | | أولاً : حدود الشخصية الاعتبارية |
| ٤٤٢ | ٢٤٨ | مدى أهلية الرجوع لدى الشخص الاعتباري |
| ٤٤٣ | ٢٤٩ | (١) الحقوق والالتزامات اللازمة لطبيعة الإنسان |
| ٤٤٤ | ٢٥٠ | (٢) مبدأ التخصص |
| | | ثانياً : كسب الشخصية الاعتبارية وانتهائها |
| ٤٤٥ | ٢٥١ | كسب الشخصية الاعتبارية |
| ٤٤٧ | ٢٥٢ | انتهاء الشخصية الاعتبارية |
| | | ثالثاً : خصائص الشخصية الاعتبارية |
| ٤٤٨ | ٢٥٣ | فئة الشخص الاعتباري |
| ٤٤٩ | ٢٥٤ | حالة الشخص الاعتباري |
| ٤٥٢ | ٢٥٥ | اسم الشخص الاعتباري |
| ٤٥٣ | ٢٥٦ | موطن الشخص الاعتباري |
| | | رابعاً : أهلية الشخص الاعتباري |
| ٤٥٤ | ٢٥٧ | أهلية الأداء لدى الشخص الاعتباري |
| ٤٥٦ | ٢٥٨ | مدى أهلية الأداء لدى الشخص الاعتباري |
| ٤٥٧ | ٢٥٩ | مسئولية الشخص الاعتباري |

المبحث الثاني : أنواع الشخص الاعتباري

| | | |
|------|------|---|
| صفحة | فقرة | |
| ٤٥٨ | ٣٦٠ | الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة |
| | | المطلب الأول : الأشخاص الاعتبارية العامة |
| ٤٥٩ | ٣٦١ | ملائقتان من الأشخاص الاعتبارية العامة |
| | | المطلب الثاني : الأشخاص الاعتبارية الخاصة |
| ٤٦٢ | ٣٦٢ | جماعات الأشخاص ومجموعات الأموال |
| | | أولاً : جماعات الأشخاص |
| ٤٦٣ | ٣٦٣ | الشركات والجمعيات |
| | | (١) الشركات |
| ٤٦٣ | ٣٦٤ | التصريف بالشركة وبيان أنواعها |
| ٤٦٥ | ٣٦٥ | تكوين الشركة وبه شخصيتها |
| ٤٦٥ | ٣٦٦ | انقضاء الشركة |
| | | (٢) الجمعيات |
| ٤٦٦ | ٣٦٧ | تكوين |
| ٤٦٧ | ٣٦٨ | التصريف بالجمعية |
| ٤٦٩ | ٣٦٩ | إنشاء الجمعية |
| ٤٧٠ | ٣٧٠ | ثبوت للشخصية الاعتبارية للجمعية |
| ٤٧٢ | ٣٧١ | أهلية وجوب الجمعية |
| ٤٧٤ | ٣٧٢ | الأجهزة التي تمثل الجمعية |
| ٤٧٧ | ٣٧٣ | حدود نشاط الجمعية |
| ٤٨٠ | ٣٧٤ | الرقابة على نشاط الجمعية |
| ٤٨٦ | ٣٧٥ | انقضاء الجمعية |
| ٤٨٨ | ٣٧٦ | تصفية الجمعية |
| ٤٨٩ | ٣٧٧ | الجمعيات ذات الصفة العامة |
| ٤٩٠ | ٣٧٨ | الائتمادات |
| ٤٩٢ | ٣٧٩ | صندوق الإحالة |
| | | ثانياً : مجموعات الأموال |
| ٤٩٣ | ٣٨٠ | الأوقاف والمؤسسات الخيرية |

(١) الأوقاف

| صفحة | مقالة |
|------|-------|
| ٢٨١ | ٤٩٣ |

التعريف بالوقت وشخصيته الاعتبارية

(٢) المؤسسات الخاصة

| | |
|-----|-----|
| ٢٨٢ | ٤٩٥ |
| ٢٨٣ | ٤٩٦ |
| ٢٨٤ | ٤٩٧ |
| ٢٨٥ | ٤٩٨ |
| ٢٨٦ | ٤٩٩ |
| ٢٨٧ | ٥٠٠ |
| ٢٨٨ | ٥٠٢ |
| ٢٨٩ | ٥٠٢ |

التعريف بالمؤسسة الخاصة

إنشاء المؤسسة

ثبوت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة

أهلية وجوب المؤسسة

إدارة المؤسسة وحدود نشاطها

الرقابة على نشاط المؤسسة

انقضاء المؤسسة وتصفيتها

المؤسسات الخاصة ذات الصفة العامة والائتمادات وصندوق الإعانة

الفصل الثاني : عمل الحق

| | |
|-----|-----|
| ٢٩٠ | ٥٠٣ |
|-----|-----|

الإعمال والأشياء

الفرع الأول : الأعمال

| | |
|-----|-----|
| ٢٩١ | ٥٠٤ |
|-----|-----|

شروط العمل الذي يصلح عملاً لحق الشخص

الفرع الثاني : الأشياء

| | |
|-----|-----|
| ٢٩٢ | ٥٠٦ |
|-----|-----|

التمييز بين الشيء والمال

المبحث الأول : الأشياء التي تصلح عملاً لحق المالك

| | |
|-----|-----|
| ٢٩٣ | ٥٠٦ |
|-----|-----|

الشيء الذي يصلح لتمام فيه

المبحث الثاني : تقسيمات الأشياء

| | |
|-----|-----|
| ٢٩٤ | ٥٠٨ |
|-----|-----|

تقسيمات عدة

المطلب الأول : العقارات والمنقولات

| | |
|-----|-----|
| ٢٩٥ | ٥٠٩ |
|-----|-----|

تقسيم للأشياء وللأشياء

أولاً : الأشياء العقارية والأشياء المنقولة

| | |
|-----|-----|
| ٢٩٦ | ٥٠٩ |
|-----|-----|

أساس التفرقة بين العقارات والمنقولات

(١) العقارات

| | |
|-----|-----|
| ٢٩٧ | ٥١٠ |
|-----|-----|

تقادم والاستثناء

| | |
|-----|-----|
| ٢٩٨ | ٥١٠ |
|-----|-----|

العقار بالطبيعة

| | |
|-----|-----|
| ٢٩٩ | ٥١١ |
|-----|-----|

العقار بالتخصيص

| | | |
|------|------|------------------------------------|
| صفحة | فقرة | |
| ٥١١ | ٤٠٠ | شروط اختيار المنقول مقارا بالتخصيص |
| ٥١٤ | ٤٠١ | حكم القرار بالتخصيص |

(٢) المنقولات

| | | |
|-----|-----|--------------------------------------|
| ٥١٦ | ٤٠٢ | لقاعدة والاستثناء |
| ٥١٦ | ٤٠٣ | المنقولات بالطبيعة |
| ٥١٧ | ٤٠٤ | المنقول بحسب المال |
| ٥١٧ | ٤٠٥ | شروط اختيار الشيء منقولاً بحسب المال |
| ٥١٩ | ٤٠٦ | حكم المنقول بحسب المال |

ثانيا : الأموال العقارية والأموال المنقولة

| | | |
|-----|-----|----------------|
| ٥٢٠ | ٤٠٧ | الحقوق والديون |
|-----|-----|----------------|

ثالثا : أهمية التفرقة بين العقارات والمنقولات

| | | |
|-----|-----|--------------------------|
| ٥٢١ | ٤٠٨ | أساس طبيعى وأساس اقتصادى |
|-----|-----|--------------------------|

المطلب الثانى :

الأشياء القابلة والأشياء غير القابلة للاستهلاك

| | | |
|-----|-----|----------------|
| ٥٢٥ | ٤٠٩ | لتفرقة وأساسها |
| ٥٢٦ | ٤١٠ | أهمية لتفرقة |

المطلب الثالث : الأشياء المثلية والأشياء للقيمة

| | | |
|-----|-----|----------------|
| ٥٢٧ | ٤١١ | لتفرقة وأساسها |
| ٥٢٩ | ٤١٢ | أهمية لتفرقة |

الباب الرابع

مصادر الحق

| | | |
|-----|-----|--|
| ٥٣٠ | ٤١٣ | المقصود بمصدر الحق |
| ٥٣٠ | ٤١٤ | الواقعة القانونية |
| ٥٣٢ | ٤١٥ | التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانونى |
| ٥٣٤ | ٤١٦ | أهمية التمييز بين الواقعة المادية والتصرف القانونى |

الفصل الأول

الواقعة المادية

| | | |
|-----|-----|-------------------------------|
| ٥٣٥ | ٤١٧ | أهمية الواقعة المادية وآثارها |
|-----|-----|-------------------------------|

الفصل الثاني

التصرف القانوني

| | | |
|-----|-----|--|
| ٥٣٨ | ٤١٨ | تعريف . أهمية التصرف القانوني |
| ٥٣٩ | ٤١٩ | الفرع الأول : أنواع التصرف القانوني |
| ٥٤٠ | ٤٢٠ | تقسيمات متعددة |
| ٥٤١ | ٤٢١ | التصرف الصادر من جانب واحد والتصرف الصادر من جانبيين |
| | | التصرف للمنتهي، والتصرف للكاشف أو المقرر |
| | | الفرع الثاني : شروط التصرف القانوني |
| ٥٤٣ | ٤٢٢ | بيان الشروط والجزاء الذي يترتب على تنهها |
| ٥٤٤ | ٤٢٣ | أركان التصرف |
| ٥٤٨ | ٤٢٤ | شروط صحة التصرف |
| ٥٥٠ | ٤٢٥ | البيان |
| | | الفرع الثالث : آثار التصرف القانوني |
| ٥٥١ | ٤٢٦ | آثار التصرف القانوني |
| ٥٥٢ | ٤٢٧ | دور الإرادة في التصرف القانوني : مبدأ سلطان الإرادة وقبوده |
| | | الباب الخامس |
| | | استعمال الحق |
| ٥٥٦ | ٤٢٨ | تطور فكرة استعمال الحق |
| ٥٥٧ | ٤٢٩ | ظهور نظرية التصرف في استعمال الحق وتطورها |
| ٥٥٨ | ٤٣٠ | نطاق التصرف في استعمال الحق |
| ٥٦٠ | ٤٣١ | الأساس القانوني لنظرية التصرف في استعمال الحق |
| ٥٦١ | ٤٣٢ | تطور معيار التصرف في الفقه والقضاء |
| ٥٦٢ | ٤٣٣ | حالات التصرف في استعمال الحق |
| ٥٦٣ | ٤٣٤ | المعيار الأول : قصد الإضرار بالغير |
| ٥٦٤ | ٤٣٥ | المعيار الثاني : وجوب الضرر على المصلحة وجعانا كبيرا |
| ٥٦٥ | ٤٣٦ | المعيار الثالث : عدم مشروعية المصلحة |
| ٥٦٦ | ٤٣٧ | جزاء التصرف في استعمال الحق |

Bibliotheca Alexandrina



0579157